

دار الشروق —

الجرائم في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة

الدكتور
أحمد فتحي يونس

الجرائم
في الفقه الإسلامي
دراسة فقهية مقارنة

الطبعة الخامسة

مَزِيْدَة

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م

الطبعة السادسة

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م

جميع حقوق الطبع محفوظة

الشروق

ق - هاتف : ٣٩٣٤٨١٤ - ٣٩٣٤٥٧٨

لكر : 93091 SHROK UN

اتق : ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٧٦٥ - ٨١٧٧١٣

- لكس : SHOROK 20175 LE

إهداء 2004

دار الشروق

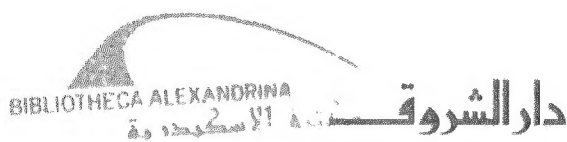
القاهرة

الجرائم

في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة

الدكتور
أحمد فتحي يونس



إهداء

إِلَى كُلِّ مَنْ يَقْتَنِعُ بِفِكْرَةٍ فَيَدْعُو إِلَيْهَا
وَيَعْمَلُ عَلَى تَحْقِيقِهَا ، لَا يَقْصِدُ بِهَا إِلَّا
وَجْهَ اللَّهِ وَمَنْفَعَةَ النَّاسِ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ
أَهْدِي هَذَا الْكِتَابَ

أحمد فتحي بن سراج

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

أنزل الله تعالى القرآن على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم - كتاب عقائد ومعاملات - ووصل إلينا عنه بالتواتر فلم تكن كلمة من كلماته محل شك في ورودها أو ريبة في نزولها . أو تناقض مع غيرها .

وظل محفوظاً في الصدور حتى قبض الله له من كتبه في الصحف فوصل إلينا ، ولا خلاف في آية من آياته أو سورة من سورته ، وهذا من ضمن أسرار إعجازه .

ولكن دلالة القرآن على الأحكام في غالب الأمر كانت بوجه عام . كما أن دلالة نصوصه عليها قد تكون قطعية : لا تحتل إلا تفسيراً واحداً ، وقد تكون ظنية : تحتل أكثر من تفسير . فقام النبي صلى الله عليه وسلم ووضح المبهم وفسر الغامض بوحي من لدنه تعالى .

وقد أقر الله في كثير من الأحوال ما صدر عن نبيه من أفعال أو أقوال أو تقرير .

وفي أحوال أخرى عاتب الله رسوله عتاباً رقيقاً أحياناً وشديداً في أحيان أخرى .

ونستطيع أن نضرب مثلاً لذلك بإذنه عليه السلام لبعض المنافقين ، في التخلف عن الذهاب لغزوة تبوك . فنزل قوله تعالى : « عفا الله عنك ، لم أذنت لهم » .

وكما حدث عندما أسر المسلمون يوم بدر كثيراً من المشركين ، واستشار الرسول أبا بكر وعمر وعلياً فيما يصنع بالأسرى . فقال أبو بكر : يا بني الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان ، أرى أن نأخذ منهم الفدية فيكون

ما أخذنا منهم قوة لنا على الكفار وعسى الله أن يهديهم فيكونوا لنا عضداً .
وقال عمر : والله ما أرى ما رأى أبو بكر ولكني أرى أن تمكنني من فلان :
قريب لعمر ، فأضرب عنقه وتمكن علياً من عقيل وهو أخوه فيضرب
عنقه ، وتمكن حمزة من فلان أخيه فيضرب عنقه حتى يعلم الله أنه ليست
في قلوبنا هودة للمشركين ، هؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقانتهم .

وقد هوى الرسول رأى أبي بكر . فنزلت الآيتان :
« ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض ، تريدون
عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق
لمسكم فيما أخذتم^(١) عذاب عظيم » .

* * *

كما أن الخلفاء الراشدين بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم كانوا
إذ لم يجدوا شيئاً في كتاب الله ولا في سنة رسوله اجتهدوا رأيهم مع الحرج
الشديد مخافة الخطأ . فهذا هو أبي بكر الصديق يقول : هذا رأيي فإن يكن
صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فني وأستغفر الله .

ولأن النصوص عامة ، والأفهام تتنوع في المسألة الواحدة ، فقد
حصل خلاف بين الخلفاء الراشدين أنفسهم .

فعندما صارت الخلافة إلى عمر بن الخطاب وأفاء الله على المسلمين المال
الكثير في الفتوحات العديدة ، عدل عما كان يسير عليه أبو بكر الصديق من
توزيع الأعطيات بالمساواة . وكان يقول في ذلك ما أذا فيه إلا كأحدكم . ولكننا
على منازلنا من كتاب الله عز وجل وقسّمنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فالرجل وتيلاده^(٢) في الإسلام ، والرجل وغناؤه^(٣) في الإسلام ،

(١) من الفداء .

(٢) تلاده : أقدميته .

(٣) غناؤه : فائدته .

والرجل وحاجته في الإسلام .. ففضل عمر البعض على البعض في الأعطيات .

بل إن الخلاف في الرأي تعدى ذلك بكثير :

إذ يقول الله تعالى في سورة التوبة :

«إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله ، والله عليم حكيم » .
وقد طبق الرسول هذا النص طوال حياته فكان يعطي هؤلاء المؤلفة قلوبهم ؛ أي يتألف قلوبهم على الإسلام ويعطيهم جزءاً من الصدقات ولو أنهم ليسوا مسلمين .

وقضى أبو بكر الصديق جزءاً من خلافته على ذلك إلى أن جاءه عيينة ابن حصن والأقرع بن حابس فقالا له يا خليفة رسول الله، إن عندنا أرضاً سبخة ليس فيها كلاً ولا منفعة فإن رأيت أن تعطيناها ؟ فأقطعها إياهما وكتب لهما عليها كتاباً وأشهد - وليس في القوم عمر - فانطلقا إلى عمر ليشهد لهما . فلما سمع ما في الكتاب تناوله من أيديهما . ثم تفل فيه فحماه . فتلمرا وقالوا مقالة سيئة . فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكمما والإسلام يومئذ قليل . أما اليوم فقد أعز الله الإسلام وأعزى عنكم ، فإن ثبتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف^(١) .

وفعل عمر يحقق ما قصد إليه الله ورسوله من إعزاز للمسلمين ، فقد فهم أن في المنع عنهم عزة المسلمين أو أن عزة المسلمين قد تحققت فتمنع عنهم .

وقد قال القاضي ابن العربي في المؤلفة قلوبهم :

« وقد قطعهم عمر لما رأى من إعزاز الدين ، والذي عندي أنه إن قوى

(١) انظر ص ١٤ ج ٣ فتح القدير ، وانظر ص ٣٩٥ ، أحكام القرآن لابن العربي جزء ١ ، وانظر ص ١٥٢ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

الإسلام زالوا وإن احتيج إليهم أعطوا سهمهم كما كان يعطيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد فعل هذا عمر بن عبد العزيز عندما كان يعطى بعض المال لمن يرى تألفه على الإسلام كما فعل مع البطريق الذى أعطاه ألف دينار .

كما قال الله تعالى أيضاً فى سورة الأنفال :

« واعلموا أننا غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » أما الباقي فيكون للفاتحين .

إلا أن عمر لما تم فتح العراق والشام وباقي الأقطار رأى ألا تقسم الأرض بين الفاتحين بل رأى أن تبقى الأرض بين أهلها وأن يوضع عليهم الخراج لينفق منه على مصالح المسلمين عامة فى الأجيال القادمة ، فقال فى ذلك :

« فكيف بمن يأتى من المسلمين فيجدون الأرض قد اقتسمت وورثت الآباء وحيزت ، ما هذا برأى . فقال له عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه : فما رأى ؟ ما الأرض والعلوج إلا مما أفاء الله عليهم . فقال عمر : ما هو إلا كما تقول — ولست أرى ذلك . والله لا يفتح بعدى بلد كبير ، عسى أن يكون كلا على المسلمين . فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق ؟ فأكثروا على عمر رضى الله تعالى عنه وقالوا : أتقف ما أفاء الله علينا بأسيا فنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا ، ولأبناء القوم ولأبناء أبنائهم ولم يحضروا ؟ فكان عمر رضى الله عنه لا يزيد على أن يقول : هذا رأى . قالوا : فاستشر . قال : فاستشار المهاجرين الأولين . فاختلفوا . فأما عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه فكان رأيه أن تقسم له حقوقهم . ورأى عثمان وعلى وطلحة وابن عمر رضى الله عنهم رأى عمر فأرسل إلى عشرة من الأنصار : خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج من كبارهم وأشرفهم فلما اجتمعوا حمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال :

إني لم أزعجكم إلا لأن تشاركوا في أمانتي فيما حملت من أموركم، فإني واحد كأحدكم، وأنتم اليوم تقررون بالحق، خالفني من خالفني ووافقني من وافقني، ولست أريد أن تتبعوا هذا الذي هوأى معكم من الله كتاب ينطق بالحق، فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريده ما أريد إلا الحق. قالوا قل نسمع يا أمير المؤمنين. قال: قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أني أظلمهم حقوقهم. وإني أعوذ بالله أن أركب ظلماً. لئن كنت ظلمتهم شيئاً هو لهم وأعطيته غيرهم لقد شقيت. ولكني رأيت أنه لم يبق شيء يفتح بعد أرض كسرى، وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم وعلوهم فقسمت ما غنموا من أموال بين أهله وأخرجت الخمس فوجهته على وجهه وأنا في توجيهه وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوهم وأضع عليهم فيها الخراج وفي رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئاً للمسلمين: أرايتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها. أرايتم هذه المدن الأعظام كالشام والكوفة والبصرة ومصر؛ لا بد لها أن تشحن بالجيوش وإمداد الرعاء عليهم فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج. فقاوا جميعاً. الرأي رأيك فنعم ما قلت وما رأيت. إن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجري عليهم ما يتقوون به رجع أهل الكفر إلى مدنها فقال: قد بان لي الأمر.

وقد قال القاضي أبو يوسف في ذلك: «والذي رأى عمر رضي الله عنه من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك توفيقاً من الله له فيما صنع».

ونستطيع أن نسوق مثلاً آخر في الخلاف بين عمر بن الخطاب وعليّ ابن أبي طالب - فعمر كان يرى أن التي تزوج في علقها يفرق بينها وبين زوجها الجديد إن كان دخل بها ثم تعتد منه ولا تعود إليه أبداً. إلا أن عليّ ابن أبي طالب يرى - على ما رواه إبراهيم النخعي - أنه يفرق بينهما إلى أن تستكمل العدة الأولى وتعتد عدة مستقلة. ولا يوجد ما يمنع من أن تعود لزوجها الأخير.

فالخلفاء الراشدون في الأمثلة السابقة ذهبوا إلى تغيير بعض الأحكام^(١) الثابتة وذلك لتغير العلل التي أدت إليها أو لزوالها كما فعل عمر من إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم .

كما ذهبوا إلى النهي عن بعض الأحكام الثابتة دفعاً لما يترتب عليها من آثار خطيرة تؤثر على مستقبل البلاد كما فعل عمر في تقسيم الأراضي العقارية . كما رأوا آراء مختلفة في الموضوع الواحد كما فعل عمر وعلى مع من تزوج امرأة لا تزال في عدتها من زوج سابق .

هذا مع الخلفاء الراشدين بالرغم من قرب عهدهم من النبي صلى الله عليه وسلم واتصالهم به ونهجهم منهجه . وقد قال فيهم « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » فقد فهموا روح التشريع ، وكانوا منزّهين غير مغرضين لا ينطقون عن هوى أو مصلحة خاصة ، فكان رأيهم ولو اختلفوا محل اتباع من المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها .

بل إننا نرى بعد هذا العصر من كبار التابعين من يتركون العمل بظاهر النصوص المطلقة أو العامة لأنهم رأوا العمل بها ينافي المصلحة العامة . فكان أن عملوا بما يحقق هذه المصلحة وإن كان في هذا تقييد للنص أو تخصيصه أو ترك ظاهره . كعدم قبول عروة بن الزبير توبة من تاب بعد تلصص وبعد قطع الطريق . وهو أحد فقهاء المدينة السبعة — بالرغم من أن الآية صريحة في قبول التوبة :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

(١) انظر ص ١١٩ من كتاب الدكتور محمد يوسف موسى « في تاريخ الفقه الإسلامي »

وقد قال في ذلك عروة بن الزبير : لا تقبل توبتهم — لو قبل ذلك منهم اجترعوا عليه وكان فساد كبير^(١).

ولما اتسعت الدولة وزادت رقعتها، وتكونت المدرستان العظيمتان مدرسة الحديث بالحجاز ومدرسة الرأي في العراق والكوفة . وجدنا ذلك الخلاف الواضح بين الفقهاء في المسائل وفي الفروع . لكل رأى وله حجج وجهة مقنعة وليس أدل على ذلك من اختلافهم في ذلك الأمر الخطير « شرب الخمر » إذ ترى مدرسة الحجاز أن شرب الخمر سواء ما كان منها مستخرجاً من العنب أو من غير العنب حرام سواء شرب قليلها أم كثيرها .

وترى مدرسة العراق والكوفة أن المحرم فقط هو شرب الخمر المستخرجة من العنب . أما شرب القليل الذي لا يسكر من الخمر المستخرجة من غير العنب فحلال . حلال .

ولكل آراء وجهة مقنعة لمن أراد الاقتناع ! ! .

ومالنا نذهب بعيداً والإمام الشافعي نفسه — وهو إمام من أئمة المسلمين — غير مذهبه عندما ترك بغداد البلد الذي عاش فيه وجاب الأقطار وسافر إلى مصر . ووجد أن ما يناسب هذا المكان لا يناسب ذلك المكان ، فكان له مذهبان مذهب وهو في بغداد ومذهب وهو في مصر .

إذن ماذا يفعل المسلم أمام كل هذا الخلاف .

هل هذا الخلاف مقصود ؟ ؟ . . أبدأ إن فيه رحمة بالناس .

قال الرسول الكريم « اختلاف أصحابي رحمة » .

وقال : « إن الله يحب أن توثق رخصه كما يحب أن توثق عزائمه » .

(١) انظر تفاصيل الموضوع في أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ ص ٤٩٤ ، ص ٢٤٩ جزء ١

أحكام القرآن لابن العربي وص ١١١ من كتاب تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ج ١

لذلك كله عزمنا بعون الله أن نسير في بحث الجرائم في الفقه الإسلامي بهذا الشكل ؛ مبرزين الخلاف بين المذاهب في المسائل والفروع .

فلو كنا بصدد تشريع جنائي إسلامي يطبق في البلدان الإسلامية ، يجب أن نبرزه بشكل لا يصطدم بما هو مألوف للناس معلوم لهم . وقد وجدنا بين طيات المذاهب الإسلامية المختلفة سواء كانت للأئمة الأربعة أو لغيرهم كالظاهرية والشيعة - آراء مختلفة أبرزناها وأبرزنا الخلاف بينهم فيها حتى يكون في الأخذ بها نفع المسلمين طالما هي في الإطار العام لكتاب الله ولسنة رسوله .

خطة البحث

الحمد لله الذى وفقنا إلى أن نسير فى هذا الاتجاه من الدراسة؛ فقد وجدنا فى الفقه الإسلامى وخاصة فى العقوبات . المادة الدسمة البكر التى لم تبحث بعد ، والتى يلزم المشتغلين بالفقه الغربى أن يبحثوها فى مصادرها الأولى - تلك المصادر الحصبة .

ولن يعيننا فى هذا البحث المقارن الذى نكتبه اليوم أن نفيض فى شرح القانون الغربى الوضعى فلذلك كتب ومولفات لمشهورى الفقهاء ، بل إننا ننشر إشارات عابرة تختلف النظريات والمباحث فى الفقه الغربى ليلى القارئ الذى لم تسبق له دراسته بالأصول العامة فيه . وسنترك الإفاضة والتوسع للفقه الإسلامى . بل إننا سنذكر نصوصاً بأكملها ، سنذكرها كما وردت فى مصادرها الأولى ، وهى كتب الفقه الممتازة التى بين أيدينا فى هذه الأيام وهى قطعاً لم يتساووا أى تغيير ولا تعديل فى مختلف المذاهب الشرعية . وسنبحث مختلف الجرائم محددة العقوبة والجرائم التى يقتص فيها أو يودى وهى جرائم القتل والضرب والجرح ثم نتكلم عن الجرائم التى يعزى فيها والحكمة من انتهاجنا ذلك المنهج أن عقوبات بعض هذه الجرائم كما يبدو للناظر قاسية جداً تصل أحياناً إلى حد استئصال الفرد من المجتمع أو استئصال عضو منه . ولذلك يلزم أن نبرز الفروق الجوهرية بين المذاهب والخلافات بينها لنستفيد من هذه الخلافات رحمة بالناس .

وإننا ندعو الله أن يوفق رجال الأزهر وغيرهم من القائمين على أمور المسلمين لأن يلتفتوا إلى هذا النوع من الدراسة المقارنة ، والمذهبية^(١) .

(١) استجاب الله هذا الدعاء الذى دعيناه فى سنة ١٩٦٠ وأصبحت الدراسات المقارنة تدرس فى كلية الشريعة والقانون بالأزهر ، والحمد لله .

وليس بحق ما قاله أحد العلماء الأزهريين بكلية الشريعة في أثناء مناقشة لنا معهم بالكلية أنهم لا يعترفون بالفقه الغربى . فالفقه الغربى حقيقة واقعة مأخوذة - كما أثبتنا وأثبت غيرنا - من الفقه المالكى الذى كان منتشرأ ببلاد الأندلس . فدراستنا المقارنة مع الفقه الغربى تبرز تلك الأصول والفروع وتثبت أقدام الفقه الإسلامى وتظهر فضله ، وفقنا الله لما فيه الصواب .

الفصل الأول

جريمة السرقة

في الفقه العربي :

السرقة كما يعرفها شراح القانون الجنائي الحديث، هي اختلاس منقول مملوك للغير .

ولذلك يحسن أن نعرض للتفريق بين جريمة السرقة وبين غيرها من الجرائم التي ترمى إلى تملك مال الغير وتتحقق بدون الاختلاس ، كخيانة الأمانة ؛ أو بالغش والاحتيال ؛ كالنصب .

ففي الفقه العربي ، المتهم بالسرقة يأخذ الشيء وينقله إلى حيازته رغم لإرادة المحني عليه .

أما المتهم بالنصب ، فيتسلم الشيء برضا المحني عليه بناء على غش واحتيال ، والمتهم بخيانة الأمانة ، يتسلم الشيء برضا المحني عليه تنفيذاً لعقد من عقود الأمانة ويبدد الشيء أو يستعمله .

وقد جرى فقهاء الغرب على القول بأن أركان جريمة السرقة أربعة :

- ١ - الاختلاس .
- ٢ - أن يكون المختلس منقولاً .
- ٣ - مملوكاً للغير .
- ٤ - بقصد جنائي .

في الفقه الإسلامي :

أما فقهاء الشريعة فيعرفون السرقة بأنها :

« أخذ مال الغير مستترأ من غير أن يؤتمن عليه^(١) . »

(١) انظر ص ٣٧٢ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ .

أو هي «أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ^(١)» .

أو هي أخذ البالغ العاقل نصاب القطع خفية مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة^(٢) .

وتبين من التعريفات المتقدمة أن أركان جريمة السرقة المتفق عليها في الفقه الإسلامي هي :

١ - الأخذ خفية .

٢ - للمال .

٣ - المملوك للغير .

وستكون طريقة بحثنا أن نذكر باختصار رأي شراح القانون الوضعي في كل ركن من هذه الأركان، فليس القصد هو إطالة شرح مثل هذه المسائل التي أطال فيها الشراح وفقهاء القانون الغربي ، بل مقارنة ذلك بما ورد في قول فقهاء المسلمين في هذه المسائل ونظائرها مع بسط في القول لنرى مدى تطابق الفكرتين .

المبحث الأول

أركان جريمة السرقة

أولا - الاختلاس

عرف شراح القانون الوضعي الاختلاس بأنه نقل الشيء من حيازة المجني عليه وهو الحائز الشرعي له إلى حيازة الجاني بغير علم المجني عليه أو على غير رضاه .

(١) انظر ص ٢١١ الزيلعي ج ٣ .

(٢) انظر ص ٢١٩ فتح القدير ج ٤ .

وينتفى الاختلاس إذا كان الشيء موضوع الجريمة قد سلم إلى الجاني
إذ التسليم يمنع من قيام الاختلاس .

كما ينتفى الاختلاس إذا كان الشيء موضوع الجريمة في حيازة الجاني
من بادىء الأمر .

فإذا كان الشيء في حيازته وأبى رده أو تصرف فيه إضراراً بمالكة
لا يعد سارقاً .

ففى توافر هذان الشرطان امتنع قيام الاختلاس وبالتالي قيام جريمة
السرقه . وقد ثار نزاع بين فقهاء القانون الغربى عما إذا كان يلزم أن يأخذ
الجاني الشيء ويحوزه لنفسه على غير رضا المحبى عليه وبغير علمه . فيقول
بعض الشراح بأن الاختلاس يكون بأخذ الجاني الشيء بغير علم المحبى عليه
أو على غير رضاه^(١).

ويقول البعض الآخر إنه يجب اجتماع الأمرين معاً ، أى عدم العلم
وعدم الرضا^(٢).

ويقول المحدثون إنه يكتفى باشتراط عدم رضا المحبى عليه فقط سواء
أعلم بالسرقه أم لم يعلم لأنه متى أخذ الشيء على غير رضا المحبى عليه فالسرقه
واقعة لا محالة ولو حصل ذلك بعلمه وعلى مرأى منه لجواز أن يكون عاجزاً
عن رد السارق أو مقاومته .

ولا نزاع فى أن الخطف والغصب من ضروب السرقه المعاقب عليها^(٣)
ويقابل ركن الاختلاس فى الشريعة أخذ المال مستتراً أى الأخذ خفية .
ويسمى الأخذ مجاهرة : مغالبة ، أو نهبة ، أو خلصة ، أو غصباً ، أو انتهاباً
واختلاس لا سرقه .

(١) جارو ج ٦ نبذة ٢٣٧٣ .

(٢) جارسون نبذة ٤٧٥ .

(٣) انظر ص ١٦٧ من الموسوعة لجندى عبد الملك جزء ٥ .

وروى عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » رواه أصحاب السنن (١).

وفي الموطأ عن محمد بن شهاب الزهري (٢) « أن مروان بن الحكم أتى بإنسان قد اختلس متاعاً ، فأراد قطع يده ، فأرسل إلى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك ؟ فقال زيد : ليس في الخلسة قطع (٣) » .

والخائن من يأخذ المال الموثق عليه ، والمنتهب هو الذي يأخذ المال جهرة ويعتمد على القوة والشدّة فهو غاصب ، والمختلس من يأخذ المال جهرة ويخطفه بسرعة ويعتمد على الحرب .

فلا قطع على واحد من هؤلاء لأنه يمكن إرجاعه بالاستغاثة إلى ولاية الأمور لمعرفتهم — ولكنهم يؤدّبون أى يعزّرون (٤) .
وقد ورد في الزيلعي (٥) .

(١) انظر ص ٣٢١ ج ٤ من جامع الأصول .

(٢) محمد بن شهاب الزهري هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب القرشي الزهري أحد الأئمة الأعلام وعالم الحجاز والشام . روى عن عبد الله بن عمر وعبد الله ابن جعفر والمسور بن مخرمة وطبقتهم من صفار الصحابة وكبار التابعين . وروى عنه الأوزاعي والليث ومالك وغيرهم . له ألفان ومائتان من الحديث نصفها مسند . قال ابن سعد كان الزهري ثقة كثير الحديث والعلم والرواية فقيهاً جامعاً ، مات سنة ١٢٥ هـ .

انظر ص ٤٤٥ ج ٩ تهذيب التهذيب ، ص ١٠٢ ج ١ من تذكرة الحفاظ .

وزيد بن ثابت هو أبو سعيد بن ثابت بن الضحاك التجارى الأنصارى ، قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهو ابن إحدى عشرة سنة وكان يحفظ وقتئذ ست عشرة سورة . وكان يكتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي والرسائل ، تعلم السريانية والعبرانية ، وكان يكتب لأبي بكر وعمر في خلافتهما ، وولى بيت المال لعثمان ، وهو الذى جمع القرآن بإشارة أبى بكر وعمر ، توفي سنة ٤٥ هـ .

(٣) انظر ص ٣٢٢ ج ٤ من المرجع السابق .

(٤) انظر ص ١٩ التاج الجامع للأصول جزء ٣ .

(٥) والزيلعي نسبة إلى زيلع بلدة على ساحل الحبشة بأفريقيا قدم القاهرة سنة خمس وسبعمائة وكان مشهوراً بالفقه والنحو وبالفرائض ، توفي سنة ٧٤٣ هـ .

لو سرق من رجل ثوباً عليه وهو رداء أو قلنسوة أو طرف منطقته أو سيفه أو سرق من امرأة حلياً عليها لا يقطع لأنها خاسة « أى اختلاس » . ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة وهو لابسها أو واضعها قريباً منه بحيث يكون حافظاً لها — يقطع لأنه أخذها خفية وسراً ولها حافظ وهو النائم^(١) وقد ورد في فتح القدير^(٢) :

« والخفية مراعى فيها إما ابتداء وانتهاء ، وذلك فى سرقة النهار من المصر أو ابتداء لا غير وهى فى سرقة الليل فلذا إذا دخل البيت ليلاً خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن فى يده ، قطع به للاكتفاء بالخفية الأولى — وإذا كابره فى المصر نهراً وأخذ ماله لا يقطع استحساناً وإن كان دخل خفية . والقياس كذلك فى الليل لكن يقطع إذ غالب السرقات فى الليل يصير مغالبة ، إذ قليلاً ما يختفى فى الدخول والأخذ بالكلية ، وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله والاص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه الاص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان — قطع ، ولو علما لا يقطع . والخفية المعتبرة فى السرقة الصغرى هى الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمدوع والمستعير والضارب والغاصب والمرتهن . والخفية المعتبرة فى السرقة الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين^(٣) . »

* * *

(١) انظر ص ٢٢٢ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) للكمال بن الهمام وهو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام ولد سنة ٧٨٨ هـ ، كان إماماً فى الفقه والأصول والعلوم العربية بارعاً فى الحديث والتفسير والمنطق والمناظرة ، شرع فى تأليف كتابه فتح القدير سنة ٨٢٩ هـ ولم يتمه بل كتب فيه لباب الوكالة ثم أكله قاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ وسمى التكملة نتائج الأفكار ، وقد توفى الكمال سنة ٨٦١ هـ .

(٣) انظر ص ٢١٩ فتح القدير ج ٤ ، ويعبر رجال الفقه الإسلامى عن السرقة العادية بالسرقة الصغرى وعن جريمة الحراقة بالسرقة الكبرى .

مما تقدم، نلاحظ الاختلاف الواضح بين معنى الاختلاس في السرقة كما يفهمه الفقه الغربي ومعنى الخفية أو الأخذ مستتراً في الفقه الإسلامى ، فالمعنى الأول معنى عام واسع يندرج تحته كل أخذ للمال بطريقة غير مشروعة رغم إرادة المجنى عليه .

أما الثانى فهو معنى ضيق إلى أبعد حد ؛ فقد استبعد من الاختلاس المعروف الاختلاس مجاهرة أى علانية واقتصر على الخفية فقط .

والحكمة فى ذلك أن الأخذ مجاهرة يعلم به المجنى عليه كما قد يعلم به العامة فيمكنهم متابعتة وتسليمه إلى السلطة العامة .

وقد أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون شهر السلاح على المسلمين مخيفاً لهم فيكون حكمه حكم المحارب . وقال أبو يوسف : أما القفاف والمختلس فعليهما الأدب والحبس حتى يحدثا توبة .

ورود عن أحمد روايتان فى الطرار « النشال » أحدهما أنه يقطع وفى الأخرى لا يقطع ، وعن أبى يوسف أنه يقطع لأن المال محرز بصاحبه (١) .
الأخذ من حرز :

الحرز فى اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذى يحرز فيه الشئ أى يحفظ .

وفى الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص نفسه (٢) .

ونبحث فى هذا الركن وهو ركن الخفية : أن يكون قد أخذه من حرز .

(١) القفاف : قف الصيرفى أى سرق الدراهم بين أصابعه فهو قفاف . وانظر المبسوط

ص ١٦١ جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢٢٠ الزيلعى ج ٣ حاشية الشلبى .

فقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وإن سرقة من غير حرز^(١).

(١) انظر ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ المحلى لابن حزم الظاهري جزء ١١ :

القول في المختلس لا يخلو من أحد وجهين :

إما أن يكون اختلس جهاراً غير مستخف من الناس فهذا لا خلاف فيه أنه ليس سارقاً ولا قطع عليه ، أو يكون فعل ذلك مستخفياً عن كل من حضر فهذا لا خلاف بيننا وبين الحاضرين من خصوصنا في أنه سارق وأن عليه القطع فبطل كل ما تعلقوا به وعرى قولهم في مراعاة الحرز عن أن يكون له حجة أصلاً .

وأما قولهم إن الشيء إذا لم يكن محرزاً فهو لقطة فخطأ لأن اللقطة إنما هي ما سقط عن صاحبه وصار بدار مضية . وكذلك الضالة ، وأما ما كان غير مهمل ولا ساقط فقد بطل عن أن يكون لقطة أو ضالة وقد جاء في اللقطة والضالة نصوص لا يحل تمديدها فلا مدخل للسارق فيها فنحن إنما نكلمهم في سارق من حرز لا في ملتقط ولا في آخذ ضالة فسقط هذا الاعتراض الفاسد ... فوجب أن ننظر في القول الثاني فوجدنا الله تعالى يقول : (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) فوجب بنص القرآن أن كل من سرق فاقطع عليه ، وأن من اكتسب سرقة فقد استحق بنص كلام الله تعالى جزاء مكسبه ذلك بقطع يده نكالا وبالضرورة الحسية ، وباللغة يدرى كل أحد يدرى اللغة أن من سرق من حرز أو من غير حرز فإنه سارق أنه قد اكتسب سرقة لا خلاف في ذلك فإذا هو سارق مكتسب سرقة فقطع يده واجب بنص القرآن ولا يحل أن يخص القرآن بالظن الكاذب ولا الدعوى العارية من البرهان .

قال ابن حزم : فهذا نص القرآن وأما السنن . . . من طريق البخاري حدثنا موسى بن إسماعيل حدثنا عبد الواحد الأعمش قال : سمعت أبا صالح سمعت أبا هريرة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » . فقضى رسول الله بقطع السارق جملة ولم يخص حرزاً من غير حرز . وإن الله عز وجل لو أراد أن لا يقطع السارق حتى يسرق من حرز ويخرجه من الدار لما أشغل ذلك ولا أهمله ولا أعنتنا بأن يكلفنا علم شريعة لم نطلعنا عليه ولبينه على لسان رسوله إما في الوحي وإما في النقل المنقول فإذا لم يفعل الله تعالى ذلك ولا رسوله فنحن نشبهه ونثبت ونقطع بيقين لا يمازجه شك أن الله تعالى لم يرد قط ولا رسوله اشتراط الحرز في الدرقة وأنه لا شك في ذلك فاشراط الحرز باطل بيقين لا شك فيه وشرع لما لم يأذن الله به .

وأما الإجماع فإنه لا خلاف بين أحد من الأمة كلها في أن السرقة هي الاختفاء بأخذ الشيء ليس له ، وأن السارق هو المختص بأخذ ما ليس له وأنه لا مدخل للحرز فيما اقتضاء الاسم فن =

أما غالبية الفقهاء فتفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وإن كانوا قد اختلفوا في معنى الحرز . وحجة ذلك الرأى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل — فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الحن » . وحجة رأى أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » . الآية

فالواجب أن تحمل الآية على عمومها منها إلا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو ابن شعيب .

والحرز نوعان :

١ - حرز المعنى فيه وهو المكان المعد لإحراز الأموال كالدير والبيوت والصناديق وأمثال ذلك .

٢ - حرز بالحفاظ كمن جلس على الطريق أو المسجد وعنده متاعه وهو محرز به . وقد قطع الرسول صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان بن أمية من تحت رأسه وهو نائم في المسجد .

ويقول الفقهاء : إنه في الحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحفاظ لأن الحرز به فوق الحرز بالحفاظ . لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال وبه امتنع

= أقسم في ذلك اشتراط الحرز فقد خالف الإجماع على معنى هذه اللفظة في اللغة وأدعى فالشرع ما لا سبيل له إلى وجوده ولا دليل على صحته .

وأما قول الصحابة فقد أوضحنا أنه لم يأت قط عن أحد منهم اشتراط الحرز أصلا وإنما جاء عن بعضهم « حتى يخرج من الدار » وقال بعضهم من البيت ، وليس هذا دليلا على ما ادعوه من الحرز مع الخلاف الذى ذكرناه عن عائشة وابن الزبير في ذلك فلاح أن قولنا قول قد جاء به القرآن والسنة الثابتة .

مع اختفائه فيه عن أعينهم — فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل حتى لو أذن له في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده حاضر لا يقطع لأن الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالإذن .

ويلزم إخراج الشيء من الحرز لوجوب القطع وذلك إذا سرق من مكان . أما إذا سرق من حافظ فيقطع بمجرد الأخذ لزوال يد المالك به ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً . واشتراطوا في النائم أن يكون الشيء تحت جنبه أو تحت رأسه والمدار في القطع هو على إخراج النصاب من الحرز حتى إن السارق لو أخرج النصاب من الحرز ثم عاد به فأدخله فيه فإنه يقطع^(١).

وقد اتفق من أوجبوا شرط الحرز في أمور واختلفوا في أمور^(٢).

(١) انظر ص ٣٠٠ ج ٤ الدسوقي على الشرح الكبير .

(٢) ورد في المهذب ج ٢ ص ٢٨٠ « وإن فتح مراحاً فيه غنم فحلب من ألبانها قدر النصاب وأخرجه قطع لأن الغنم مع اللبن في حرز واحد فصار كما لو سرق نصاباً من حرزين في بيت واحد » وقال بعكس ذلك أبو حنيفة لأنه من الأشباه الرطبة ، وورد في المغنى ص ٢٦١ : إن شربه في الحرز أو شرب ما ينقص النصاب فلا قطع عليه .

وانظر ص ٧٨ جزء ٢ من لا خسرو : ويشترط أن يخرج ما سرقه ظاهراً حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز ثم خرج به لا يقطع ولا ينتظر تغطوه ، بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للمال ، وأن يخرج النصاب مرة واحدة فلو أخرج بمضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع . وانظر ص ٢٥٢ المغنى جزء ١٠ .

والإبل ثلاثة أضرب : باركة ، وراعية ، وسائرة .

أما الباركة : فإن كان معها حافظ لها وهي معقولة فهي محرزة — وإن لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظراً إليها أو مستيقظاً بحيث يراها فهي محرزة .

وإن كان نائماً أو مشغولاً عنها فليست محرزة لأن المادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ولأن حل المعقولة يبينه الائتم والمشتغل وإن لم يكن معها أحد فهي غير محرزة سواء كانت معقولة أو لم تكن .

وأما الراعية : فحرزها بنظر الراعي إليها فما غاب عن نظره أو نام عنه فليس بمحرز لأن

الراعية إنما تحرز بالراعي ونظره .

فقد اتفق أكثر من أوجبوا الحرز في أمرين :

١ - البيت لا يكون حرزاً إلا إذا كان بابه مغلقاً^(١).

٢ - من سرق من دار غير مشتركة السكنى لا يقطع حتى يخرج من الدار
واختلفوا في أمور منها :

= وأما السائرة : فإن كان معها من يسوقها فحرزها نظره إليها سواء كانت مقطورة أو غير مقطورة وما كان منها بحيث لا يراه فليس بمحرز وإن كان معها فائد فحرزها أن يكثر الالتفات إليها والمراعاة لها ويكون بحيث يراها إذا التفت .
وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يحرز القائد إلا التي زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها إلا نادراً فيمكن أخذها من حيث لا يشعر .

ولنا « للحنابلة » أن العادة في حفظ الإبل المقطرة بمراعاتها بالالتفات وإمساك زمام الأول فكان ذلك حرزاً لها كالتى زمامها في يده فإن سرق من أحمال الجمال السائرة المحرزة متاعاً قيمته نصاب قطع ، وكذلك إن سرق الحمل . وإن سرق الحمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع لأنه في يد صاحبه ، وإن لم يكن صاحبه نائماً عليه قطع ، وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا قطع عليه لأن ما في الحمل محرز به فإذا أخذ جميعه لم يهلك حرز المتاع فصار كما لو سرق أجزاء الحرز .

ولنا « للحنابلة » أن الحمل محرز بصاحبه ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزاً فقد سرقه من حرز مثله فأشبه ما لو سرق المتاع ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه . وهذا التفصيل في الإبل التي في الصحراء . فأما التي في البيوت والمكان المحرز على الوجه الذي ذكرناه في الثياب فهي محرزة والحكم في سائر المواشي كالحكم في الإبل على ما ذكرناه من التفصيل .

وانظر ص ٧٩ من المدونة جزء ١٦ : « قلت أرأيت إن أتى إلى قطار فاحتمل منه بعيراً أو سرق من محمل شيئاً قال : قال مالك : يقطع من حل بعيراً من القطار أو أخذ من المحمل شيئاً على وجه الاستمرار . قلت : أرأيت إن أخذ غرائر على البعير أو شقها فأخذ منه المتاع أيقطعه في الوجهين جميعاً في قول مالك . قال نعم قال : وقال مالك وإن أخذ ثوباً ملقى على ظهر البعير مستمر لذلك قطع . قلت فإن أخذه غير مستمر وإذا أخذه مختلماً لم يقطع عند مالك » .

(١) وقد روى عن أحمد في البيت الذي ليس عليه غلق يسرق منه ، أراه سارقاً . وهذا محمول على أن أهله فيه ، فأما البيوت التي في البساتين أو الطرق أو الصحراء فإن لم يكن فيها أحد فليست حرزاً سواء كانت مغلقة أو مفتوحة لأن من ترك متاعه في مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظاً له ، وإن أغلق عليه ، وإن كان فيها أهلها أو حافظ فهي حرز سواء كانت مغلقة أم مفتوحة ، انظر ص ٢٥٦ المغنى جزء ١٠ لابن قدامة .

١ - في الأوعية وهل تعتبر حرزاً ؟

٢ - في الدار المشتركة : فقد قال مالك^(١) وآخرون تقطع يد السارق منها إذا أخرج المسروق من البيت . وقال أبو يوسف^(٢) ومحمد لا قطع

(١) هو الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي وجده الأعلى أبو عامر صحابي جليل . ولد مالك بالمدينة سنة ثلاث وتسعين ، أخذ عن نافع مولى ابن عمر وابن شهاب الزهري وشيخه في الفقه ربيعة الرأي . قال الشافعي عن مالك : مالك حجة الله على خلقه . وقد أجمع أقرانه ومن بعدهم على أنه إمام الحديث موثق بصدق روايته . ألف الموطأ . قال له الخليفة أردت أن أعلق كتابك هذا في الكعبة وأفرقه في الآفاق وأحمل الناس عليه حسماً للخلاف ، فقال له مالك : لا تفعل فإن الصحابة تفرقوا في الآفاق ورووا أحاديث غير أحاديث أهل الحجاز التي اعتمدتها وأخذ الناس بذلك ، فتركهم على ما هم عليه . روى عنه الحديث أساتذته ابن شهاب الزهري وربيعه ، وروى عنه من أقرانه سفيان الثوري والليث بن سعد والأوزاعي وأبو يوسف ، وروى عنه من تلاميذه الشافعي ومحمد بن الحسن الشيباني .

وقد امتحن مالك سنة ١٤٧ هـ وضرب بالسياط وبقي مريضاً حتى مات وتوفي سنة ١٧٩ هـ .

(٢) أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ولد سنة ١١٣ هـ كان أكبر تلاميذ أبي حنيفة وأفضل معين له ، وكان أبو حنيفة يواسيه لفقره ، ولولاه ما تعلم ، كان كثير الحديث لكن غاب عليه رأى أبي حنيفة . وإليه يرجع الفضل في تخليد مذهب أبي حنيفة فلما أسند إليه منصب قاضي قضاة الدولة العباسية لم يستعمل على القضاء إلا من كان حنفياً ، رحل إلى مالك وأخذ عنه بعد أن ناظره في مسائل وتوفي سنة ١٨٣ هـ ولم يبق من كتبه إلا كتاب الخراج وما نقله الشافعي في كتاب « الأم » .

ومحمد هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ولد سنة ١٢٢ هـ ونشأ بالكوفة سمع من مالك والأوزاعي والثوري وصحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه ولم يحالسه كثير أوفاة أبي حنيفة وهو حدث وأخذ عن أبي يوسف وصار مرجع الحنفية في حياة أبي يوسف ، ونشأت بينهما وحشة واستمرت حتى توفي أبو يوسف . رحل إلى المدينة وأخذ عن مالك وله رواية خاصة للموطأ ، وقابله الشافعي ببغداد وناظره وقال عنه : أخذت من محمد وقر بعين من علم . قيل لأحمد : من أين لك هذه المسائل الدقيقة ؟ قال : من كتب محمد ، ولله الرشيد القضاء ، وخرج معه في سفره إلى خراسان وتوفي سنة ١٩٨ هـ .

انظر ص ٣٠١ جزء ٤ الدسوقي : في التوضيح عن ابن عبد البر أن السوق المجهول عليه قيسارية تغلق بأبواب ويحيط بها ما يمنع وذلك كالجالون والشرم والريبعة بمصر لا يقطع سارق من حوائثه إلا إذا أخرجه خارج القيسارية لأنه حرز واحد لجميع ما فيه .

عليه إلا إذا أخرج من الدار كلها ، البيت جزء من الدار^(١).

(١) انظر ص ٢٤٥ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي المالكي جزء ٨ نسخة مخطوطة بدار الكتب برقم د ١٩٧٨٣ .
في المقدسات الدور ست :

دار حجرها ساكنها أو مالكيها عن الناس يقطع سارقها إن خرج من الدار ويقطع إن خرج من بعض بيوتها ولم يخرج منها .
ودار أذن فيها ساكنها أو مالكيها الخاص كالضيف أو رسول يبعثه ليأتيه بقماشه فيسرق ذلك الخاص من بيت حجر عليه فيه ففى المدونة لا يقطع وإن أخرجه من جميع الدار لأنه خائن لا سارق . وقطعه سحنون وإن لم يخرج من جميع الدار إذا أخرجه إلى موضع الإذن لشبهه بالشركاء في ساحة الدار إذا سرق أحدهم من بيت صاحبه وأخرجه إلى ساحة الدار . وعنه لا يقطع حتى يخرج من جميع الدار .

ودار أذن فيها إذناً عاماً كالعالم والطبيب أو يحجر على بيت منها دون بقيتها يدخل بغير إذن فيقطع من سرق من بيت محجور إذا خرج به من جميع الدار ، ولا يقطع السارق من قاعاتها ولا من غير المحجور من بيوتها اتفاقاً حتى يخرج من جميع الدار لأن بقية الدار من تمام الحرز ففارقت الحجر فإنه لا يدخل إلا بإذن صاحبها .

ودار مشتركة بين ساكنيها مباحة لسائر الناس كالفندق فقاعته مباحة للبيع والشراء فهى كالحجة فالسارق من البيوت من السكان أو غيرهم إذا أخذ من قاعة الدار قطع اتفاقاً .

ودار مشتركة بين ساكنيها محجورة عن الناس من سرق من بيت صاحبه قطع إذا خرج إلى قاعة الدار وإن لم يخرج من الدار ولا أدخلها بيته ، ولا قطع في السرقة من قاعة الدار وإن لم يخرج من الدار ولا أدخلها بيته .

ودار انفرد بسكنائها مع امرأته فسرقت الزوجة أو أمها من بيت حجره عليهما أو الزوج أو عبده من ماها المحجور عليه فظاهر المدونة يقطع إذا أخرجه إلى موضع الاذن - وعن مالك لا يقطع لأنها خيانة .

وانظر ص ٢٥٢ من المرجع السابق .

وإن دخل بثوب الحرز فصبغه بزعفران وخرج به فإن زادت قيمته يوم الخروج نصاباً قطع بخلاف الدهن في الرأس لأنه لا يزيد في قيمة المدهون وإن كان عبداً . ويضمن الزعفران كله في ملائه « أى عندما يكون قادراً على الدفع » .

وانظر ص ٢٥٩ من المغنى لابن قدامة جزء ١٠ .

ولا بد من إخراج المتاع من الحرز ففى أخرجه من الحرز وجب عليه القسط سواء حمله إلى منزله أو تركه خارجاً من الحرز وسواء أخرجه بأن حمله أو رمى به إلى خارج الحرز أو شد فيه =

٣- في القبر :

وهل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز^(١).
قال مالك والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) وجماعة منهم أبو يوسف وابن أبي ليلى
والشعبي والنخعي وعطاء وحاد : هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر
ابن عبد العزيز - كما قال به ابن حزم .

وقال أبو حنيفة ومحمد والأوزاعي وسفيان^(٤) الثوري لا قطع عليه .

= حبلاً ثم خرج فده به أو شده على بهيمة ثم ساقها به حتى أخرجها أو تركه في نهر جار فخرج به
ففي هذا كله يجب القطع لأنه هو المخرج له . إما بنفسه وإما بآلته فوجب عليه القطع كما لو
حمله فأخرجه وسواء دخل الحرز فأخرجه أو نقبه ثم أدخل إليه يده أو عصا لها شجنة فاجتذبه
بها وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه إلا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله
لأنه لم يترك الحرز بما أمكنه فأشبه المختلس .

(١) انظر ص ١٧١ من الخراج وانظر ص ٢٥١ من الأحكام السلطانية لأبي يعلى الخنيلي .
(٢) الإمام الشافعي هو أبو عبدالله محمد بن ادريس بن العباس يلتقي مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم في عبد مناف ولد بغزة في فلسطين سنة ١٥٠ هجرية تفقه في مكة ثم رحل إلى
مالك وأخذ عنه الموطأ . وقال أحمد . ما عرفت ناسخ الحديث من منسوخه حتى جالست الشافعي .
اختلط بمحمد بن الحسن واطلع على كتب فقهاء العراق ثم عاد إلى مكة واختلط بعلمائها ثم عاد إلى
العراق سنة ١٩٨ هجرية ثم ارتحل إلى مصر وخالط علماءها ورأى عادات مختلفة تغير وجه
الاجتهاد عنده في بعض مسائله وعرف ذلك بالمذهب الجديد . توفي بمصر سنة ٢٠٤ هجرية .

(٣) هو الإمام أبو عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المروزي البغدادي
ولد ببغداد سنة ١٦٤ هجرية ونشأ بها - وصار إمام المحدثين في عصره رحل إلى مكة والمدينة
والشام وإيمن والكوفة والبصرة وتفقه على الشافعي حين قدم بغداد . وقد امتحن أحمد في زمن
المأمون والمنتصم والوائق بالضرب والحبس والإهانة ليقول بخلق القرآن فأنى كل الإباء عاش
على الكفاف توفي ببغداد سنة ٢٤١ هجرية .

(٤) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري المصري وقيل له الثوري نسبة إلى ثور
ابن عبد مناة ، أحد أجداده وهو من تابعي التابعين ولد سن ٩٧ هجرية ومن أقرانه شعبة ،
ومالك ، والأوزاعي - قال غير واحد من العلماء : سفيان أمير المؤمنين في الحديث . قال مالك :
كانت العراق تجيش علينا بالدرهم والشياب ، ثم صارت تجيش علينا بالعلم منذ جاء سفيان وقد
عاصر سفيان أبا حنيفة بالكوفة إلا أنه كان على طريقة أهل الحديث الذين يتذمون من الرأي
ومات بالبصرة متوارياً من جور الخلفاء الذين كان ثاراً عليهم سنة ١٦١ هجرية .

وروى ذلك عن زيد بن ثابت (١).

(١) انظر ص ٥٠٩ جزء ٢ الحصاص وانظر ص ٢١٨ جزء ٣ من الزيلعي :

«وبنيس» أى لا يقطع بسبب بنيس وهو قول ابن عباس رضى الله عنه ، وقال الشافعي يقطع وهو قول أبي يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعه» ، ولأنه سرق مالا متقوماً يبلغ نصاباً من حرز مثله فوجب القطع به اعتباراً بسائر أنواع الحرز .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع على المختفي » وهو النبش بلغة أهل المدينة ولأنه تمكن الخلل في السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل واحداً منها يمنع القطع .

أما الأول فلأن السرقة أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بهارض كنوم أو غفلة والنبش لا يسارق عين من يقصد حفظه وإنما يسارق عين من لمه بهجم عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقاً فلا تتناول آية السرقة .

وأما الثاني : فأنه لا يملك الميت حقيقة لمجزه لأن الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينفيه .

وأما الثالث فلأن المال عبارة عما تميل إليه النفوس وتضمن به وهو مخلوق لمصالح الآدمي والطباع السليمة تنفر عنه فضلاً عن أنها تضمن به .

وأما الرابع : فأنه ليس بمحرز بالميت لأنه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لأنه حفرة في الصحراء فلا يكون حرزاً ولهذا لو دفن فيه مال آخر غير الكفن لا يقطع سارقه .

وأما الخامس فلأن المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيها يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج إلى الزاجر . والذي يدل على ذلك أن نباشاً أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يدينوا فيه شيئاً فمزره أسواطاً ولم يقطعه .

انظر ص ٢٤١ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي المالكي جزء ٨ .

قال مالك القبر حرز بما فيه سواء كان في البيت أو الصحراء يقطع سارقه إن أخرجه إلى وجه الأرض وإن كفن وطرح في البحر قطع آخذ كفنه شد إلى خشية أم لا ، ووافقنا أحمد وقال إن كان القبر في دار أو في المقابر قطع أو في الصحراء فقولان مبينان على أن الولي يضمن الكفن فلا يقطع أو لا فيقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع مطلقاً ، لنا النعموميات والأقيسة على المنازل وغيرها وقوله تمالى « ألم نجعل الأرض كفاتاً أحياء وأمواتاً » فالدور كفات الأحياء والقبر كفات الأموات . وروى عنه عليه السلام أنه قال : من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ومن نبش قطعهنا وكتب ابن مسعود إلى عمر بن الخطاب في نباش فأمر بقطعه وقطع ابن أنزبير نباشاً في عرفات . . .

واحتج «الرأى الممارض» بأنه لا يسمى سارقاً بل نباشاً وعند أهل المدينة يسمى المختفي قالت عائشة لعن الله المختفي والمختفية، وقال عليه السلام لا قطع على المختفي ولأن القبر ليس =

واختلف الفقهاء فيما إذا كان القبر في بيت مقفل، قال محمد: والأصح عندي أنه لا يجب القطع سواء نبش الكفن أو سرق ما لا آخر من ذلك البيت لأن بوضع القبر فيه اختلت صفة الحُرزية في ذلك البيت فإن لكل واحد من الناس تأويلاً للمدخل فيه لزيارة القبر فلا يجب القطع على من سرق منه شيئاً. وكذلك يختلفون في قاطع الطريق إذا أخذ الكفن من تابوت في القافلة ولم يأخذ شيئاً آخر، فهم من قال يقيم عليه الحد لأنه محرز بالقافلة، قال محمد: والأصح عندي أنه لا يجب القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية في الكفن (١).

والكفن الذي يقطع بسرقة في رأى من يقول بالقطع ما كان مشروعاً فإن كفن الرجل في أكثر من ثلاث لفائف أو المرأة في أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو تركه في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيباً مجموعاً أو ذهباً أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقة (٢).

= يحرز لأنه لا قفل عليه ولأنه لا يحرز فيه الدنانير كسائر الأحراز - ولو دفن معه لم يقطع آخذه اتفاقاً، ولو كان حرزاً لكان حرزاً لما زاد على الكفن المعتاد، ولو كفن في عشرة أبواب فسرق الزائد على الكفن لم يقطع ولأن الكفن إنما يوضع للبي لا للحفظ ولو وضع الكفن في قبر بغير ميت لم يكن حرزاً له ولو وضع الميت على شفير القبر لم يقطع سارق كفنه. والجواب عن الأول أنه سارق لقول عائشة: سارق موتانا كسارق أحياناً. ويقال في العرف سرق الكفن ولأن السارق الآخذ خفية والنباش كذلك.

وعن الثاني يحمل الحديث على ما إذا لم يخرج له فيه شبهة جمعاً بين الأدلة. وعن الثالث أن حرز كل شيء على حسبه فقد يصلح حرزاً لشيء دون غيره لأن ضابط الحرز العرف المادة. والعادة في الأموال مختلفة اتفاقاً وهو الجواب عن الزائد في الكفن والمال مع الميت لأنه خلاف المادة.

وعن الرابع أنه يقصد حفظه عليه في القبر حتى يبلى وكونه يبلى لا يناقى قصد الحفظ.

وانظر ص ٢٨٠ من المفتى لابن قدامة جزء ١٠، وانظر ص ٣٣٠ من المحلى لابن حزم.

(١) انظر ص ١٦٠ جزء ٩ المبسوط.

(٢) انظر ص ٢٨٢ ج ١٠ المفتى.

أما في الفقه الغربي فالظاهر أن اختلاس الأكفان وغيرها من الأمتعة التي تودع مع الموتي محل خلاف ، فقد يقال في ذلك إن هذه الأشياء تعد من قبيل المتروكات وبهذا أخذت محكمة نابولي الإيطالية .

ولكن محكمة النقض الفرنسية عدت الفعل سرقة لأنها رأت أن هذه الأمتعة موضوعة لغرض خاص ولا يجوز لأحد امتلاكها بوضع اليد إذ لم يكن في نية واضعها التخلي عنها لمن يريد .

كذلك قررت محكمة النقض والإبرام في حكم في القضية ١١٧٥ لسنة ١٩٣٦ « أن هذه الأشياء لا يمكن بحال ما عدها من قبيل المال المباح يسوغ لكل شخص تملكه بالاستيلاء عليه . وقضت بناء على ذلك بأن الشروع في اختلاس شيء مما هو متروك مع الموتي يعد شروعا في سرقة معاقبا عليه قانونا^(١) .

٤ - لا يقطع الإمام مالك سارق ما كان على الصبي من الحلى أو غيره إلا أن يكون معه حافظ عليه .

٥ - إذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقترب أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناول الآخر ، فقبل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما : وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب^(٢) .

* * *

والأخذ على سبيل الاستخفاء من الحرز قد يكون مباشرة وقد يكون تسبياً . أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع . وإخراجه من الحرز

(١) انظر ص ٢١٤ من الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك جزء ٥ .

(٢) انظر ص ٣٧٦ من بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

انظر ص ٢٣٥ من الذخيرة للقرافي جزء ٨ النسخة المخطوطة « وإن جر ثوبا على حائل بعضه في الدار وبعضه خارج فلا يقطع إن كان إلى الطريق » .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحماوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل ، فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر^(١) وفي الاستحسان يقطعون جميعاً^(٢).

(١) هو زفر بن الهزيل بن قيس الكوفي ولد سنة ١١٠ هـ ولما شب طلب الحديث وثقه بأبي حنيفة وكان أكثر أصحاب أبي حنيفة أخذاً بالقياس . كما أن أبا يوسف أكثرهم اتباعاً للحديث ، ومحمد بن الحسن أكثرهم فروغاً واستنباطاً . وكان أبو حنيفة يبجله ويعظمه . وقد أكره زفر على أن يلى القضاء فأبى واختفى مدة فهدم منزله ثم خرج وأصلح منزله ثم أكره وهدم منزله ولم يقبله . وقد مات بالبصرة سنة ١٥٨ هـ فهو أسبق أصحاب أبي حنيفة موتاً .

(٢) انظر ص ٦٥ و ٦٦ البدائع جزء ٧ « أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء والأخذ على وجه الاستخفاء نوعان : مباشرة وتسبب » .

أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الخزانة بنفسه حتى لو دخل الخزانة وأخذ متاعاً فحمله أو لم يحمله ، حتى ظهر عليه وهو في الخزانة قبل أن يخرج ، فلا قطع عليه ، لأن الأخذ إثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الخزانة ولم يوجد . وإن رمى به خارج الخزانة ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الخزانة ، فلا قطع عليه ، لأن يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الخزانة فإن لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الخزانة ، يقطع .

ولو رمى به إلى صاحب له خارج الخزانة فأخذه المرمى له ، فلا قطع على واحد منهما ، أما الخارج فلائنه لم يوجد منه الأخذ من الخزانة ، وأما الداخل فلائنه لم يوجد منه الإخراج من الخزانة . لثبوت يد الخارج عليه . السارق إذا نقب منزلاً وأدخل يده وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هلى يقطع . ذكر في الأصل وفي الجامع الصنير أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً . وقال أبو يوسف في الاملاء : أقطع ولا أبالي دخل الخزانة أو لم يدخل .

وعلى هذا الخلاف إذا نقب وجمع المتاع عند النقبة ثم خرج وأدخل يده فدفع . وجه قوله إن الركن في السرقة هو الأخذ من الخزانة ، فأما الدخول في الخزانة فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوالت وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول . ولها ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال وإذا كان اللص ظريفاً لم يقطع ، وقيل كيف يكون ظريفاً ، قال يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها . ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجهاً . ولأن هتك الخزانة على سبيل الكمال شرط لأن به يتكامل الجناية ، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالت لأن هتكهما بالدخول معتذر ، فكان الأخذ بادخال اليد هتكاً متكاملاً ، فيقطع . ولو أخرج السارق المتاع من =

كما أن هذا الركن يسقط بالإذن بالدخول . فلو أذن لصيف بالدخول فسرق لا يقطع .

كذا لو سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو سرق العبد من سيده ، أو زوجة سيده ، أو زوج سيده لا يقطع لوجود الإذن السابق بالدخول . وسنتكلم عن ذلك بالتفصيل فيما بعد .

* * *

مما تقدم نستطيع أن نستخلص النتائج الآتية :

أولاً : أن الخفية شرط جوهري لاكتمال الركن الأول من أركان جريمة السرقة^(١).

= بعض بيوت الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد .

فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجاً من الحرز ، بل هو نقل من بعض الحرز إلى البعض بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى . ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلاً حتى سرق منه متاعه يقطع ، لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لأن الفوت لا يلحق لكونه وقت نوم وغفلة ، فتحققت السرقة والله تعالى أعلم .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل . فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر . وفي الاستحسان يقطعون جميعاً . وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز ، وذلك وجد منه مباشرة ، فأما غيره فعين له ، والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب . وجه الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى ، لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا باعانة الباقي وترصدهم للدفع ، فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ، ولهذا ألحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنينة كذا هذا . ولأن الحامل عامل لهم فكأنهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجه من الحرز ولأن السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل برصد البعض فلو جعل ذلك مانعاً من وجوب القلع لانسد باب القلع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا .

(١) انظر ص ٢٩٨ جزء ٣ ابن عابدين :

وهل العبرة في الخفية لزعم السارق أن رب الدار لم يعلم به أم لزعم أحدهما . وإن كان رب =

ثانياً : يضاف للخفية على أرجح الأقوال أن يكون الأخذ خفية من حرز سواء كان ذلك الحرز مكاناً أو حافظاً .

ثالثاً : اختلف الفقهاء في معنى الحرز إلا أنهم اتفقوا على أن كل من سمى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان داخل الحرز أو خارجه .

رابعاً : اختلف الفقهاء أيضاً في حرز المثل بمعنى أنه يلزم لكى تقطع يد السارق في جريمة السرقة أن يسرق من حرز المثل فالشاة والإبل والبقر حرزها الحظائر، والياقوت والماس والزبرجد حرزه المنازل والخزائن .

ومعيار الخلاف عندهم العرف والعادة ؛ أو الحقيقة . فرأى يقرر أنه لو سرق اللؤلؤ من الإصطبل لا يقطع باعتبار العرف والعادة . فحرز الشيء هو المكان الذى يحفظ فيه عادة والناس لا يحرزون الجواهر في الإصطبل . ورأى يقرر أنه لو سرق اللؤلؤ من الإصطبل يقطع لأن حرز الشيء ما يحرز ذلك الشيء حقيقة ، والإصطبل حرز لأى شيء (١) .

* * *

وطالما وضح ذلك الفرق بين التشريعين ، التشريع الوضعى الذى يوسع فى مدلول كلمة الاختلاس، والتشريع الإسلامى الذى يضيق فى مفهومه إلى

= الدار فيه خلاف ويظهر ذلك فيما لو ظن السارق أن رب الدار علم به مع أنه لم يعلم بالخفية هنا فى زعم رب الدار لا فى زعم السارق .

ففى الزيلعى لا يقطع لأنه جهر فى زعمه وفى الخلاصة والمحيط والذخيرة يقطع اكتفاء بكونها خفية فى زعم أحدهما أما لو زعم اللص أنه لم يعلم به مع أنه عالم يقطع اكتفاء بزعم الخفية وكذا لو لم يعلم اتفاقاً وأما لو علما فلا قطع فالمسئلة رباعية أفاده فى البحر .

(١) انظر ص ٧٦ من بدائع الصنائع جزء ٧ ، ص ٢١٨ انزيلعى جزء ٣ ، ٢٧٧ المهذب جزء ٢ ، ص ٢١٨ الأحكام السلطانية للماوردى . وانظر أحكام القرآن للجصاص ص ٥٠٩ ج ٢ .

أبعد حد - رحمة بالناس - فلا محل للبحث في تلك المشاكل التي واجهت
الفقه الغربي وهي :

١ - حالة السرقة من حرز مغلق مفتاحه مع الجاني^(١).

٢ - حالات تسليم الشيء للمتهم عن خطأ أو عن غش منه أو اضطرار
أو تسليمه الشيء للاطلاع وفحصه ورده بالتالي .

٣ - السرقة في البيوع التي تحصل بالنقد .

٤ - السرقة في المصارفة أو المقايضة .

ففي جميع هذه الأحوال وما يشابهها لا تكتمل أركان جريمة السرقة
في الفقه الإسلامي . وبالتالي تنتفي عقوبة قطع اليد .

ومن البديهي أن الجاني في مثل هذه الأحوال يعاقب بالتعزير لسقوط
الحد .

(١) من المسائل التي اختلف فيها النظر في الفقه الغربي حالة ما إذا كان الشيء موضوع
الاختلاس في حرز مغلق كأموال معينة في مخزن أو ملابس وحل في حقيبة أو دولا ب أو ما أشبه .
في مثل هذه الأحوال يعتبر عادة تسليم المفتاح ، مفتاح المخزن أو الحقيبة أو الدولا ب قرينة على
تسليم المنقولات الموجودة بداخل الحرز .

ولكن ما الحكم في الحالة العكسية أي إذا ما احتفظ المسلم بالمفتاح رغم تسليمه الحرز المغلق ،
هل يعتبر المسلم إليه سارقاً إذا ما اختلس شيئاً ما في داخل الحرز ؟ المسألة دعت إلى جدل طويل
وتضاربت فيها أحكام المحاكم الفرنسية فرأى البعض فيها خيانة أمانة وذهبت بمض الأحكام إلى
اعتبارها سرقة بسيطة ، وتعالى البعض فاعتبرها سرقة بكسر ، ويرى جارسون اعتبار هذه
الحالة سرقة .

ويرى الدكتور القلبي أن الفعل تبيد . أما إذا كان الحرز قد نسي أو ترك سهواً أو قصداً
ولكن لا يقصد الوديعة فإن اختلاس ما بداخله لا شك يعد سرقة لذلك لعدم حصول تسليم ينفى
الاختلاس .

انظر فيما سبق ص ٢٣ من كتاب جرائم الأموال للدكتور محمد مصطفى القلبي طبعة سنة ١٩٤٣

ثانياً — حُباً منقولاً :

اتفق الشراح على أن السرقة لا تتم إلا بأخذ الشيء ونقله من حيازة المحبى عليه إلى حيازة الجانى ، وهذا لا ينطبق إلا على المنقولات . أما العقارات فلا تصلح محلاً للسرقة لأنه لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر .

والمراد بالمنقول أن يكون بحسب طبيعته منقولاً بصرف النظر عن الصفة القانونية التى قد يصفها به القانون المدنى . فالعقارات بالاتصال كالشبابيك والأبواب وأحجار المناجم . وكذلك العقارات بالتخصيص كأدوات الزراعة وآلات المصانع كلها منقولات لأنها قابلة للنقل وبالتالي للسرقة .

ولا عبرة بقيمة الشيء المسروق فيعد سرقة اختلاس أى شيء منقول مهما كانت قيمته حتى ولو لم تكن سوى قيمة أدبية لا يقدرها سوى المحبى عليه^(١).

والماء إذا احتازه الإنسان وأصبح بذلك ملكاً له يعد مالا قابلاً للسرقة^(٢). فمضى كان المنقول يمكن تملكه يكون محلاً للسرقة ولذا لا يمكن أن يكون الإنسان موضوعها . ولا يهم بعد ذلك أن تكون حيازة الشيء المسروق مباحة أو محرمة كالحشيش أو الأسلحة النارية غير المرخص بها كذلك استرداد ما يخسره الشخص فى لعب القمار بدون رضا من كسبه يعد سرقة .

كذلك الحقوق والالتزامات لا يمكن سرقتها وإنما يمكن سرقة المستندات المثبتة لها كالمستندات والإيصالات .

(١) ص ٢٠١ الموسوعة الجنائية جزء ٥ جندى عبد الملك .

(٢) وقال فى الموازية : ويقطع فى كل شيء حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره وكذلك الحطب والعلف والتبن والورد والياسمين والرمان والرماد إذا كانت قيمته نصاب وسرق من حرزه .

كذلك لا يكون موضوعاً للسرقة قوى الطبيعة التى ليس لها كيان مادى . ولا يمكن حيازتها كالحرارة والبرودة وضوء النهار .

• • •

أما الفقه الإسلامى فيبعد كثيراً عن هذه الأفكار وهو بهذا يتمشى مع منطقة فى العقوبة، إذ أن شدة العقوبة استتبع كثرة القيود والشروط رعاية للعباد ودرءاً للحدود بالشبهات . ولذلك يلزم فى الفقه الإسلامى أن يكون الشيء المسروق مالا بصفة عامة، وقد وضع لذلك الشرط أيضاً قيود عديدة ونبين ذلك : فقد اتفق الفقهاء على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فإنه يجب فى سرقة القطع . واختلفوا فى أمور منها :

١ - الأشياء الرطبة المأكولة أو السريعة الفساد .

٢ - الأشياء مباحة الأصل أو التافهة .

٣ - الأشياء المحرمة فى الإسلام .

٤ - الأطفال والعبيد .

٥ - الكتب والمصحف وقناديل المساجد وأبوابها وأمثال ذلك .

فجميع هذه الأمور اختلف الفقهاء فى جواز القطع فيها . كل طائفة لها رأى ، ونبحث الأمر فى تفصيل لأهمية ذلك من الناحية العملية .

١ - الأشياء الرطبة المأكولة أو السريعة الفساد .

وهى كاللبن واللحم والفواكه الرطبة^(١) .

يرى أبو يوسف والشافعى - ومالك وأبو ثور^(٢) وروى عن الحنابلة

(١) انظر ص ٢٦١ من المفتى لابن قدامة جزء ١٠ .

«ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا يقطع لأن السرقة تمت على اللحم ولا يقطع فيه . قال بذلك الحنفية والثورى وعند الشافعى عليه القطع - كذا عند أحمد » .

(٢) هو إبراهيم بن خالد بن إيمان أبو ثور الكلبي البغدادي . أحد الشافعيين البغداديين =

أنه يقطع سارقها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه . ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله . ومن سرق شيئاً بعد أن يأويه الجرين فبلغ ثمن المحن فعليه القطع^(١) . ويرى باقى الفقهاء أنه لا يقطع فى شيء من ذلك ويستدلون بالأدلة الآتية :

(١) حديث أخرجه أبو داود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى^(٢) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إني لا أقطع فى الطعام .

(ب) قوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع فى ثمر ولا كثر » والكثر الجمار ، وهو شيء أبيض لين يخرج من رأس النخل .

(جـ) بالنسبة لحديث عبدالله بن عمر السابق ذكره والذي يستدل به الشافعى على القطع يقولون إن الجرين هو المكان الذى يلتقى فيه

= كان فقيهاً ورعاً . سئل الإمام أحمد بن حنبل عن مسألة فقال : سئل الفقهاء ، سئل أبا ثور . وقد صار له مذهب خاص مدون ، وأتباع لم يكتروا ولم تغفل مدتهم وقد توفى سنة ٢٤٠ هـ ، وانظر ص ٢٢٧ جزء ١ من طبقات الشافعية .

(١) انظر ص ٢٤٧ من المغنى جزء ١٠ لابن قدامة .

وما عدا هذا من الأموال فقيه القطع سواء كان طعاماً أو ثياباً أو حيواناً أو أحجاراً أو قصباً أو صيداً أو نورة أو حصاً أو زرنخاً أو توابل أو زجاجاً أو غيره . وهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا قطع على سارق الطعام الرطب الذى يتسارع إليه الفساد كالفواكه والطبايع لقول الرسول لا قطع فى ثمر ولا كثر .

(٢) هو أبو سعيد الحسن بن أبى الحسن بن يسار البصرى إمام أهل البصرة فى زمانه . من سادات التابعين وكبرائهم ، جمع كل علم وزهد وورع وعبادة ، مع فصاحة وفطنة ، وكان له مع الحجاج وقعات سلم من شرها ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر ، وتوفى سنة ١١٠ هـ سئل عن ولاية يزيد بن معاوية فلم يستصوبها ، على حين أن الشعبى وابن سيرين لم يجرؤا على إبداء رأيهما ، كان إذا ذكر عند أبى جعفر الباقر قال : ذاك الذى يشبه كلامه الأنبياء .

انظر ص ١٢٨ جزء ١ ابن خلكان ، شذرات الذهب جزء ١ ص ١٣٦ .

الرطب ليجف . أما الشافعي فيقول أن ما يأويه الجرين هو اليابس من الثمار عادة وفيه القطع^(١) .

٢ - الأشياء مباحة الأصل :

اختلف الفقهاء في الأشياء التي أصلها مباح كالأسماك والطيور ، ويدخل في السمك أنواعه المختلفة ما كان منها طرياً أو مالحاً . وفي الطير اللدجاج والبط والحمام .

وقد روى عن عبدالله بن يسار قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن : قال عثمان : لا قطع في الطير . وفي رواية أخرى أن عمر بن عبد العزيز استفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال : ما رأيت أحداً قطع في الطير . وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر^(٢) وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأصحابهما ويحتجون بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكأ والنار » أثبت فيه شركة عامة فإذا انتفت الشركة بالإحراز حقيقة تورث شبهة وهي دائرة لأحد كمال بيت المال .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « الصيد لمن أخذه » يورث شبهة ، وإذا ثبتت الشبهة في هذه الأشياء وهي توجد مباحة في دار الإسلام فكذلك أمثالها^(٣)

(١) انظر ص ٢٢٧ فتح القدير ، ص ٢٨٠ المهذب جزء ٢ ، ص ٢١٥ الزيلعي جزء ٣ ، ص ٥١٦ جزء ٢ الجصاص .

(٢) انظر ص ٢١٧ من فتح القدير جزء ٤ ، وانظر ص ٣٣٣ المحل لابن حزم ، الزيلعي جزء ٣ ص ٢١٥ .

(٣) قال الفقهاء : لا قلع في الكلب والفهد لأن جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن اختلاف العلماء في مالية الكلب يورث شبهة . ولو كان على الكلب طوق . وانظر ص ٢١٥ الزيلعي جزء ٣ وانظر في سرقة الماء والتلج ص ٢٤٧ المغني جزء ١٠ . انظر ص ١٥٦ جزء ٧ المنتقى .

وقال بعض الفقهاء منهم مالك والشافعي وأصحابهما يقطع في ذلك إذا سرق من حرز فقد سرق مالا متقوماً من حرز لا شبهة فيه فوجب قطعه فيه وكونه يوجد في دار الإسلام مباحاً لا تأثير له كالفيروز والذهب والفضة .
وقال بعض الفقهاء : الطير المعتبر مباحاً ، هو الذي يكون صيداً سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لأنه بمعنى الأهلي .

ولا يقطع في النورة ونحوها لما ورد عن عائشة قالت لم يكن قطع السارق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه الحقيق فكل ما كان تافهاً مباح الأصل فلا قطع فيه ، والزرنينخ والحصى والنورة ونحوها تافهة مباحة الأصل لأن أكثر الناس يتركونه في موضعه مع إمكان القدرة عليه^(١).

٣ - الأشياء المحرمة في الإسلام :

كالخمر والخنزير لأن المسلم غير مباح له الانتفاع بهما وملكيته لهما ملكية غير محترمة ، لا غرم على من أتلفهما في يده فهو مال غير متمم ولذلك فلا قطع على سارقها^(٢).

(١) انظر ص ٥١٧ جزء ٢ الجصاص : والنورة هي أخلاط تصاف إلى الكلس من زرنينخ وغيره وتستعمل لإزالة الشعر .

(٢) انظر ص ٢٢٧ من كتاب الذخيرة جزء ٨ .

لا قطع في خمر ولا خنزير وإن كان لدى مسلم أو ذى . ولذى قيمته . قال ابن يونس قال عبد الملك لا قيمة فيما حرم الله تعالى وفيه الأدب . ولا قطع في كلب الصيد لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم غرم ثمنه ، ولا في جلد الميتة وإن دبغ ، قال مالك لا يقطع في كلب الصيد . وقال أشهب يقطع في كلب الصيد والماشية وهو على الخلاف في جواز بيعه . قال ابن حبيب إن سرق الأضحية قبل الذبح قطع وبعده لا قطع لأنها لا تباع وإن سرق لحمها بمن تصدق عليه قطع وإن سرق مزماراً أو غيره من آلات الطرب وقيمتها بعد الكسر نصاب قطع وإلا فلا : سرقه مسلم أو ذى من مسلم أو ذى لأن على الإمام كسرها عليهم إذا أظهرها وإن كان فيها فضة نصاب حل بها قطع . وإن سرق دفاً قيمته صحيحاً نصاب قطع الرخصة في اللعب به قال اللخبي ما جاز بيعه وملكه قطع به . وما لا يجوز بيعه ولا ملكه لا يقطع فيها . وما يجوز ملكه دون بيعه قطعه ابن القاسم فيه دون أشهب . وقطع أشهب في لحم الأضحية بعد الذبح لأن المنع من بيعها حق -

كذلك قالوا : لا قطع على من يسرق الطنبور ونحوه من آلات الملاهي
بلا خلاف أيضاً لعدم تقومها .

إنما اختلفوا في الأشربة المطربة ، أى المسكرة ، خلاف نبيذ العنب ،
فقال الأئمة الثلاثة إن سارقها لا يقطع كسارق الخمر ، وقال الحنفية : إنه إن
كان الشراب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد فلا يقطع وإن كان مرراً ،
فإن كان خمراً فلا قيمة لها ، وإن كان غيرها فالعلماء في تقومه اختلاف فلم
يكن في معنى ما ورد به النص من المسال المتقوم فلا يلحق به في موضع
وجوب الدرء بالشبهة ، ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة
فتثبت شبهة الإباحة بإزالة المنكر^(١).

ومن سرق كلباً نهى عن اتخاذه لم يقطع ، واختلف فيه إذا كان كلب
صيد أو ماشية ، فقد قال أشهب يقطع وإن كنت أنهى عن بيعه ، وقال ابن القاسم
لا قطع في كلب لصيد ولا لغيره .

٤ - سرقة الطفل والعبد :

لا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلى لأن الحر ليس بمال
وما عليه من الحلى تبع له .

وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصاباً لأنه يجب القطع بسرقة
وحده فكذلك مع غيره . والخلاف في صبي لا يمشى ولا يتكلم .

= الله تعالى فأشبهه حجارة المسجد . وقال أشهب يقوم البازي (الصقر) ، غير المعلم والمشهور
أرجح إلا أن يراد الله ، ولو قصد بالهام حمل الأخبار لا للهو قوم عليه معلمه .
وانظر ص ٢٨٢ المفتي جزء ١٠ .

قال عطاء إن سارق خمر الذي يقطع وإن كان مسلماً لأنه مال لم أشبه ما لو سرق دراهمهم .
وانظر ص ٣٥ : من الحلى لابن حزم الجزء ١١ ورأيه أن لا عقوبة على سارق الخمر
(١) انظر ص ٢٢٩ فتح القدير جزء ٤ .

لأنه لو كان يمشى ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعاً لأنه في يد نفسه فكان أخذه خداعاً ولا قطع في الخداع .

أما سارق العبد الصغير فيقطع لأنه مال متقوم . قال ابن المنذر : إن الإجماع انعقد على ذلك مع أن أبا يوسف استحسن عدم القطع لأنه مال من وجه وأدمى من وجه آخر فصار كونه آدمياً شبهة في ماليتة فيندرىء الحد .

أما سارق العبد الكبير المميز المعبر عن نفسه فلا يقطع أيضاً إلا إذا كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع ، ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره باقي الفقهاء^(١).

هـ — سرقة الكتب وقناديل المساجد وأبوابها وأمثال ذلك :

والمقصود الأشياء التي لها قيمة مادية وإنما قيمتها المعنوية هي المقصودة كالمصحف والكتب وأستار الكعبة وغيرها .

فقال الشافعي إنه يقطع لسرقته ذلك لأنها أموال متقومة يجوز بيعها . وقال بذلك أيضاً مالك وأبو يوسف — وهو ظاهر كلام أحمد . ويقطع أيضاً في رأيهم إن كانت هذه الأشياء محلاة بحلية ، بلغت نصاباً .

وحجة من لا يرى القطع أن الآخذ للكتب يتأول في أخذها القراءة والنظر فيها ولأنه لا مالية لها على اعتبار المكتوب ، وإحرازها لأجلها لا للجلد والأوراق والحلية إنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر والآنية تربو على النصاب ، وكمن سرق صبيّاً وعليه حلى كثيرة لا يقطع لأن المقصود ليس المال^(٢).

(١ ، ٢) انظر ص ٢٨١ المذهب للشيرازي جزء ٢ ، ص ٢٢٩ فتح القدير جزء ٤ .
وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فيه نبيذ أو ثريد أو كلب عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة . وعند أبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع وإذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع .

قال في المبسوط : « ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوى عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وإن كان يعلم فعلية القطع — وعن أبي يوسف عليه القطع في الأحوال كلها ، لأن سرقة تمت في نصاب كامل » .

وعند من يرى عدم القطع في الكتب يقول إن المقصود منها ما فيها وليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الأوراق وهو مال متقوم فإذا بلغ قيمته نصاباً يقطع .

ولا يقطع بسرقة شيء كان قد سرقه من قبل وتقطع فيه إذا لم يتغير عن حالته الأولى وإن تغير بأن كان غزلاً فسرقة فقطع فيه ثم رده إلى صاحبه

= وانظر ص ٢٣١ فتح القدير جزء ٤ .

انظر ص ٢٥٥ من المفتى جزء ١٠ .

وإن سرق باب مسجد منصوباً أو باب الكعبة المنصوب أو سرق من سقفه شيئاً أو تأزيره ففيه وجهان :

(أحدهما) عليه القطع وهو مذهب الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وأبي ثور وابن المنذر لأنه سرق نصاباً محرزاً بحرز مثله لا شبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت الآدمي .
(والثاني) لا قطع عليه وهو قول أصحاب الرأي لأنه لا مالك له من المخلوقين فلا يقطع فيه كحصر المسجد وقناديله فإنه لا يقطع بسرقة ذلك وجهاً واحداً لكونه من ينتفع به فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال ، وقال أحمد لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجية منها ، وقال القاضي هذا محمول على ما ليست بمخيلة لأنها إنما تحرز بخياطتها ، وقال أبو حنيفة لا قطع فيها بحال .

وانظر ص ٢٣٠ من الذخيرة جزء ٨ النسخة المخطوطة .

احتج من يقول بعدم القطع في المصحف بأنه يمتنع بيعه فهو كالولد — ولأن فيه شبهة لأن عليه أن يتعلم القرآن فيتملمه منه أو رأى فيه خطأ فأخذه ليصلحه والجواب عن الأول أنه يجوز بيعه .
وعن الثاني لا نسلم أن المصحف يتعين التعليم منه .

وعن الثالث لا نسلم أن اللحن يبيح أخذه بل يقول له فيه لحن فأصلحه .

وفي ص ٢٣٦ من نفس المرجع .

قال أشهب لا قطع في حصر المسجد وقناديله وبلاطه للأذن في الدخول . ويقطع في القمح الذي يجمع في المسجد من زكاة الفطر وإن لم يخرج به قاله مالك .

فنسجه أو نحو ذلك ثم سرقه قطع فيه ثانياً، والقياس أن يقطع وإن لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي يوسف لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإن عاد فاقطعوه » من غير فصل ولأنه سرق معصوماً كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالأول ، بل أولى^(١).

* * *

شرط النصاب :

جمهور الفقهاء على اشتراط نصاب معين في جريمة السرقة، إلا ما روى عن الحسن البصري والخوارج^(٢) وطائفة من المتكلمين من أن القطع في قليل المسروق وكثيره .

(١) انظر ص ٢١٩ جزء ٣ الزيلعي .

(٢) يرى الخوارج أن تحكيم على في خلافه مع معاوية خطأ فالتحكيم شك والشك لا يتفق مع الإيمان .

وقد أبوا أن يرجعوا إلى على إلا بشرطين :

١ - أن يقر على نفسه بالخطأ ، بل بالكفر لقبوله التحكيم .

٢ - أن ينقض ما أبرم مع معاوية من شروط .

ولما لم يوافق على مطالبهم انشقوا عليه نهائياً وأمروا عليهم عبدالله بن وهب وتم لم يقتل على . وأنهر تعالىهم :

١ - قولهم بكفر من ارتكب ذنباً واستتبع ذلك بكفر عثمان لعدم سيره سيرة أبي بكر وعمر ويكفرون علياً ومعاوية وأبا موسى وابن العاص لاشتراكهم في فكرة التحكيم .

٢ - يوجبون الخروج على الإمام الجائر .

٣ - الخلافة ليست لشخص معين ولو لم يكن قرشياً أو عربياً .

٤ - اعتبارهم أن الأعمال من صلاة وصيام وزكاة وسواها جزء من الإيمان فلا يتحقق إيمان المرء بالصديق القلبي ، ولا بالإقرار السلفي بل لا بد من الأعمال كلها ، وكانوا كثيراً ما ينقسمون لخلاف يقوم بين بعضهم وبعض في هذه التعاليم .

ومن مميزات بعض فرقهم التشديد في العبادة وإخلاصهم لعقيدتهم ولولا أنهم أخطأوا السبيل وتمادوا على ذلك لكانوا خير مثل للمجاهدة في سبيل الله « انظر ص ١٤٨ تاريخ التشريع الإسلامي لبعض علماء الأزهر » .

- ١ - لعموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » .
 ٢ - حديث أبي هريرة . أخرجه البخارى ومسلم « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » (١) .
 وقد اختلف القائلون بشرط النصاب إلى فرق عديدة أهمها فرقتان :
 الفرقة الأولى :

فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم . وقد أوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة .

فقال مالك فى المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينار . . وقال أحمد بذلك .

وقال الشافعى والأوزاعى (٢) وداود (٣) الأصل فى التقويم هو ربع الدينار . وعمدة قول فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم .

الفرقة الثانية :

فقهاء العراق « النصاب الذى يجب القطع فيه هو عشرة دراهم لا يجب فى أقل منه » .

(١) انظر رواية البخارى ص ٢٨٢ عمدة القارى .

(٢) الأوزاعى هو الإمام أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الشامى كان يسكن دمشق ، ثم تحول إلى بيروت فسكنها حتى مات بها سنة ١٥٧ هـ . والأوزاع قرية بدمشق روى عن عطاء والزهرى وغيرهم ، وروى عنه أكابر المحدثين ، وقد أخذ عن مالك كما أخذ مالك عنه كانت إليه فتوى أهل الشام ، وكان يكره القياس .

(٣) هو أبو سليمان داود بن على بن خلف الأصهبانى المشهور بـداود الظاهرى لمتسكه بظاهر الكتاب والسنة ، روى عن إسحق وأبي ثور وغيرهما ، نفى القياس ولد بالكوفة سنة ٢٠٠ هـ وتوفى ببغداد سنة ٢٧٠ هـ .

وقالت فرقة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم .

وقال آخرون بأقل من ذلك .

وعمدة قول فقهاء العراق حديث ابن عمر المذكور . ولكنهم قالوا إن قيمة المخن هو عشرة دراهم .

وروى ذلك محمد بن اسحق عن أيوب عن عطاء^(١) عن ابن عباس^(٢) قال : كان ثمن المخن على عهد رسول الله عشرة دراهم .

وإذا وجد الخلاف في ثمن المخن^(٣) وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين .

وقد وجدنا في الفقه الإسلامي في هذا الخصوص خلافاً واسعاً نستخلص منه :

١ - لم يتفق الفقهاء على رأى بخصوص الحد الأدنى الذى يقطع به .

٢ - إن المشرع الوضعى الحالى لو حدد نصاباً معيناً للقطع بالنسبة لجريمة السرقة بحسب ظروف البيئة وقيمة العملة بالنسبة للعهد الحاضر فإن هذا التحديد شرعى^(٤) .

(١) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح مفتى أهل مكة ومحدثهم ولد في خلافة عثمان ، سمع عائشة وأبا هريرة وابن عباس وروى عنه ابن جريج والأوزاعي وأبو حنيفة وجريز بن حازم ، قال أبو حنيفة : ما رأيت أحداً أفضل من عطاء ، وقال ابن جريج : كان فراشه المسجد عشرين سنة . توفى سنة ١١٤ هـ .

(٢) هو عبدالله بن عباس ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقال له الخبر والبحر لكثرة علمه ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات ولما أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمه إلى صدره وقال : اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل ؛ وفي رواية وعلمه الحكمة ، وهو أحد العبادة الأربعة وهم : عبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عمرو بن العاص ، وعبدالله بن مسعود . قال ابن مسعود : ترجان القرآن ابن عباس ، وكان ابن عمر يقول : ابن عباس أعلم أمة محمد بما نزل على محمد ، استعمله على علي البصرة توفى بالطائف سنة ٦٨ هـ عن واحد وسبعين عاماً .

(٣) المخن هو ما يتقى به في الحرب .

(٤) انظر كتاب العقوبة في الفقه الإسلامى ص ٩٣ للمؤلف ، وانظر ص ٥٠٥ جزء ٢

أحكام القرآن للجصاص . وانظر ص ١٣٨ جزء ٩ المبسوط .

وقد اختلف الفقهاء في أمور منها :

١ - إذا سُرقت لجماعة نصاباً واحداً يجب فيه القطع دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معاً ، قال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور - فقد رأوا العقوبة إما تتعلق بقدر المال المسروق .

وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً ، بحجة أنه لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة^(١) . أما إذا سرق الرجل ثوباً يساوي عشرة من رجلين قطع ، لأن المسروق نصاب كامل فلا يختلف قصد السارق بتعدد المسروق منه^(٢) .

ويجب أن يكون النصاب المسروق من الأموال الجيدة فإذا سرق زيوناً فلا قطع إلا أن تكون كثيرة قيمتها نصاب من الأموال الجيدة^(٣) .

٢ - متى يقدر ثمن المسروق الموجب للقطع ، هل وقت السرقة أم وقت الحكم عليه بالقطع ؟

قال مالك يوم السرقة ، وبه قال الشافعية والحنابلة^(٤) .

(١) انظر ص ٢٧٧ المهذب للشيرازي .

إذا نَقِبَ حِرْزٌ وسُرِقَ منه ثَمَنٌ دِينَارٌ ثم عاد وسُرِقَ ثَمَنًا آخَرَ ففيه ثلاثة أوجه : أحدها . وهو قول أبي العباس أنه يجب القطع لأنه سُرِقَ نَصَابٌ من حِرْزٍ مثله فوجب عليه القطع كما لو سُرِقَ في دفعة واحدة .

والثاني : وهو قول أبي إسحاق أنه لا يجب القطع لأنه سُرِقَ تمام النصاب من حِرْزٍ مهتوك . والثالث : وهو قول أبي علي ابن خيران أنه إن عاد وسُرِقَ الثمن الثاني بعد ما اشتهر هتك الحِرْزِ لم يقطع لأنه سُرِقَ من حِرْزٍ اشتهر خرابه وإن سُرِقَ قبل أن يشتهر خرابه قطع لأنه سُرِقَ من قبل ظهور خرابه . انظر ص ١٤٣ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ١٤٣ جزء ٩ المبسوط .

(٣) انظر ص ٢٩٨ جزء ٣ ابن عابدين .

(٤) انظر ص ١٣١ جزء ٨ الأم للشافعي ويوضح رأى الشافعية وهو أن السرقة تقوم

يوم السرقة لا يوم القطع .

قال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع^(١).

فإذا أشكل على الإمام قيمة المسروق واختلف أهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم وقال بعضهم أدنى ؛ لم يقطع لأن كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة وذلك ينعدم عند اختلاف المقومين فيه، وقد بينا حديث عمر حين قضى بالقطع على السارق فقال عثمان رضى الله عنه سرقة لا تساوى إلا ثمانية دراهم فدرأ عنه القطع^(٢).

ثالثاً - مملوك للغير :

يجب أن يكون المال موضوع السرقة مملوكاً لشخص ما غير المتهم ولو كان مجهولاً، فإن كان المال مباحاً أو متروكاً فلا عقاب على سارقه . فالأموال المباحة هى التى لا مالك لها ، ويجوز أن تكون ملكاً لأول واضع يد عليها كالطيور البرية والكلاب والقطط التى لا مالك لها والأسماك فى البحر ورمال الصحراء والأحجار التى فى الجبال طالما أنه لم يحزها أحد .

(١) انظر ص ٢٢٤ من الذخيرة جزء ٨ النسخة المخطوطة .

يقوم السرقة أهل العدل والنظر فإن اختلفوا واجتمع عدلان قطع وإلا فلا يقطع برجل واحد لعظم شأن الحدود - قال الطرطوشى قال مالك : تعتبر القيمة يوم السرقة لا يوم القطع . فإن تعارض فى التقييم عدلان وعدلان حكم بأقربهما إلى السداد . ووافقنا الشافعى وقال أبو حنيفة : إن نقصت قبل القطع امتنع القطع ووافقنا على أنه إن نقصت بإهلاك بعضها أو هلاكها لا يسقط القطع ومنشأ الخلاف النظر إلى حالة النهاية لأنه لو رجع الشهود بطل القطع ونحن نعتبر حال الابتداء بدليل النقصان من العين فى ذاتها . لنا الآتية والأخبار المتقدمة فى النصاب .

وانظر أيضاً ص ٢٧٨ من المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ١٧٨ جزء ٩ المبسوط ، وانظر ص ٢٩٦ جزء ٤ الشرح الكبير :

ويقطع إن سرق النصاب وقت إخراجها من حرز مثله لا قبله أو بعده ولو ذبحه أو أفسده فى حرزه فنقص فأخرجها لم يقطع كما لو كان وقت الإخراج لا يساويها ثم حصل غلاء كما أنه يقطع إن ساواها وقته ثم حصل رخص - وتعتبر القيمة بالبلد التى بها السرقة ولو كانت قيمته أقل منها فى غير بلد السرقة - كما أنه لا يقطع إن كانت قيمته فى بلد السرقة أقل من النصاب - وقيمتها فى البلد الأخرى أكثر .

والأشياء المتروكة هي الأشياء التي تخلى مالِكها عن حيازته لها كفضلات الطعام والملابس والأمتعة التي يلقي بها صاحبها تخلصاً منها .

يلزم إذن أن يكون المسروق مملوكاً لشخص ما ولو كان مالِكه مجهولاً . فإذا كان مملوكاً وقت السرقة لِّلهم لا يعد سارقاً ولو لم يكن الشيء في حيازته . فالمدين الراهن الذي يسترد ماله المرهون من الدائن رغم إرادته والموَجَّر الذي يسترجع ماله الموَجَّر عنوة ، ورغم استيفائه الإيجار مقدماً والمودع الذي يأخذ وديعته خلصة رغم ما للمودع عليها من حق في الحبس لقاء ما تكبده من المصاريف — في كل هذه الأحوال وما إليها لا يعتبر فعل المالك سرقة ولو التجأ للعنف .

وبالعكس يعتبر الشخص سارقاً إذا استولى على مال غيره ولو كانت له حقوق قبيل ذلك الغير وأخذ ذلك المال مقابل تلك الحقوق^(١) .

أما إذا اختلس الشخص شيئاً مملوكاً له مع آخر على الشيوع يعتبر سارقاً بشرط أن لا يكون الشيء في حيازته وإلا اعتبر مبدداً . هذا هو الحكم في التشريع الوضعي باختصار، ونبحث الآن في الوضع في الفقه الإسلامي .

* * *

يلزم في الفقه الإسلامي أن يكون المال المسروق مملوكاً للغير . فإن كان في الملك شبهة اختلف الفقهاء^(٢) .

ومدار الخلاف عندهم أن يكون للشخص شبهة الملك في المال المسروق

(١) انظر ص ٥٢ جرائم الأموال للدكتور محمد مصطفى القليل .

(٢) انظر ص ٢٩٨ جزء ٤ الدسوق .

ويلزم أن يكون المال المسروق مملوك للغير أي لغير السارق سواء كان ذلك الغير واحداً أو متعدداً فلا يشترط اتحاد المالك للنصاب واحتراز بذلك عما إذا سرق ملكه كما أشار إليه المصنف بقوله لا بسرقة ملكه من مرتين .

فإن كان له هذه الشبهة ولو ضعيفة لا يقطع على أساس أن المالك لا يسرق مال نفسه أو جزء مال نفسه فينتفى الركن .

وعلى هذا الأساس لا يعاقب بالقطع في الأمور الآتية :

١ - إذا سرق من بيت المال لأن له فيه شركة حقيقية أو شبهة شركة . فإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث ذلك الشبهة .

روى أن عاملاً لعمر رضى الله عنه كتب إليه عمن سرق من بيت المال قال : لا تقطعه فما من أحد إلا وله فيه حق .

وروى الشعبي^(١) أن رجلاً سرق من بيت المال فبلغ علياً كرم الله وجهه فقال إن له فيه سهماً ولم يقطعه^(٢) .

وقد قال بذلك أيضاً أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما .

ويقول مالك : يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولأنه مال : محرز ولا حق له قبل الحاجة^(٣) وهذا قال ابن حزم .

(١) هو أبو عمرو الكوفي الحميرى ولد في خلافة عمر سنة ١٧ هـ وروى عن أبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وعباد بن الصامت وشريح القاضي ، وكثير من الصحابة والتابعين قال أدركت خمسمائة من الصحابة قال ابن أبي ليلى : كان الشعبي صاحب آثار وكان النخعي صاحب قياس . ولى قضاء الكوفة فكان عادلاً لا يخشى في الحق لومة لائم .

(٢) انظر ص ٢٨١ المهذب جزء ٢ .

وإن كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقة سارق قطع لأن بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين . وإن سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع لأن له فيه حقاً . وإن سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع لأن له فيه حقاً وإن سرق منها غنى قطع لأنه لا حق له فيها .

(٣) انظر ص ٢٣٥ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ٣٠٨ حاشية المواق على الخطاب جزء ٦ .

أما مال بيت المال فيقطع سارقه وإن لم يزد ما أخذ عن النصاب .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ .

وانظر ص ٢٢٩ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي ج ٨ مخطوط بدار الكتب .

وفي الجواهر يقطع سارق بيت المال والذنائم ، لحقارة ما يستحقه ولأن الملك لا يجعل إلا =

٢ - إذا سرق من مدينه قلدر دينه من نفس جنسه وكان الدين حالا
لأنه استيفاء لدينه . وكان القياس أن يقطع إذا كان الدين مؤجلاً . إلا أنه
استحساناً لا يقطع لأنه ثابت في ذمة المدين والتأجيل كان لتأخير المطالبة .
أما إذا سرق من مدينه من خلاف جنس حقه فيفرق الفقهاء بين ما إذا
كان نقداً فلا يقطع لأن النقدين جنس واحد حكماً وإن كان عرضاً يقطع
لأنه ليس باستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالتراضى .
ويرى أبو يوسف أنه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه (١)، (٢).

= بالقسمة، وللإمام صرف هذه العين عنه بالكلية ، ولم يقطعه عبد الملك إلا إن سرق ربع دينار
زائداً على سهمه لأنه له شبهه . . . قال سحنون يقطع في بيت المال مطلقاً .

وانظر ص ٣٢٨ من المحلى جزء ١١ لابن حزم .

وقال ابن حزم : إنما احتج من لم ير القطع في ذلك بحجتين :

إحداها أن له فيه نصيباً مشاعاً ، والثانية أنه قول صاحبين لا يعرف لها مخالف ، فإن هذا
يلزم المالكيين المحتجين بمثل هذا إذا وافق أهواءهم ، التاركين له إذا اشتبهوا . وأما نحن فلا حجة
عندنا في قول أحد دون رسول الله .

وأما احتجاجهم بأن له في ذلك نصيباً فهذا ليس حجة في إسقاط حد الله تعالى إذ ليست هذه
القضية مما جاء به القرآن ولا مما صرح عن رسول الله ولا مما أجمعت عليه الأمة فلا حجة لهم في غير
هذه العمدة الثلاث ، وكونه له في بيت المال وفي المغم نصيب لا يبيح له أخذ نصيب غيره لأنه
حرام عليه بالإجماع .

وهم يدعون القياس وهم يقولون إن الحرام إذا امتزج مع الحلال فإنه كله حرام كالخمر مع
الماء ، ولحم الخنزير يذوق مع لحم الكباش ، وغير هذا كثير ، ويرون الحد على من شرب خمرًا
مزوجة بماء حلال ، فما الفرق بينه وبين من سرق شيئاً بمغضه له حلال وبعضه حرام لغيره ؟ ؟

وابن حزم هو أبو محمد علي بن حزم الأندلسي كان موفور الحظ في العلوم على اختلافها
حاد الذهن زلق اللسان قوى الحججة ، ضرب بسهم وافر في الجدل والتأليف كان أول أمره شافعيًا
ثم عدل إلى مذهب الظاهرية وأفرط في الانتصار له ، وله طريقة خاصة في الكتابة فهو يستعرض
المسائل في المذاهب الأربعة ثم يستخرج الحكمة ثم يبدي رأيه وأحياناً يناقش الأئمة مناقشة حادة
عرف بها أسلوبه ، حرقت كتبه في أشبيلية ، وقضى في السجن فترات متعاقبة . توفي سنة ٥٦٤ هـ .

(١ ، ٢) انظر ص ٢٨٢ المذهب جزء ٢ .

وإن كان له على رجل دين فسرقة من ماله فإن كان جاحداً له أو مماطلا له لم يقطع لأن له =

٣ - لا يقطع المؤجر إذا سرق من المستأجر عند الشافعي وأبو يوسف ويقطع عند غيرهم^(١).

٤ - لا يقطع من سرق ما أعاره لإنسان من بيت المستعير ولا من سرق رهنه من بيت المرتهن لأن ملك الرقبة لا يزال له فإن الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير^(٢).

وفي قول ورد في المهذب :

« إن نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مالا للمستعير ففيه وجهان : أحدهما أنه لا يقطع لأن له أن يرجع في العارية فجعل النقب رجوعاً . والثاني وهو المنصوص أنه يقطع لأنه أحرز ماله بحرز حق^(٣) . »

٥ - ولا يقطع من سرق من سارق قطع ، يعني إذا سرق رجل شيئاً فقطع به وبقي المسروق في يده وسرقه من السارق آخر لا يقطع الثاني لأن السرقة إنما توجب القطع إذا كانت من يد المالك أو الأمين أو الضمين ولم يوجد شيء منها هنا إذ السارق الأول ليس بمالك ولا أمين ولا ضمين حتى

= أن يتوصل إلى أخذه بدينه ، وإن كان مقرأ قطع لأنه لا شبهة له في سرقته وإن غصب مالا فأحرزه في بيت فنقب المخصوص منه البيت وسرق مع ماله فصاحباً من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه لا يقطع لأنه هتك حرزاً كان له هتكه لأخذ ماله .

والثاني : أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب .

والثالث : أنه إن كان ما سرقه متميزاً عن ماله قطع لأنه لا شبهة له في سرقته وإن كان مختلطاً بماله لم يقطع لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه فلم يقطع .

وانظر ص ٢١٨ جزء ٣ الزيلعي .

(١) انظر ص ٧٥ البدائع ج ٧ .

(٢) انظر ص ٧٥ المرجع السابق .

(٣) انظر ص ٢٨٢ المهذب ج ٢ .

وإن غصب رجل مالا أو سرقه وأحرزه وجاء سارق فسرقة ففيه وجهان ، أحدهما : أنه

لا يقطع لأنه حرز لم يرضه مالكة ، والثاني أنه يقطع لأنه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله .

لو أتلفه لا يضمن كما سيأتى؛ بخلاف ما إذا سرق قبل القطع حيث يكون له ولرب المال القطع لأنه فى معنى الناصب .

فإن بقى المسروق رد إلى صاحبه، أى سواء بقى بيد السارق أو غيره كما إذا باعه أو وهبه وسلمه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع (١).

معنى الغير :

ولكن ما معنى الغير : وهل تتحد كلمة الغير فى الفقهاء الإسلامى والوضعى ؟

جاء فى صفحة ٢٩٩ جزء ٤ من حاشية الدسوق على الشرح الكبير :

« أنه لا بد فى القطع من كون النصاب مملوكاً لغير السارق، وأن يكون ذلك الغير يملكه بتمامه، وأن لا يكون للسارق فيه شبهة قوية بأن لا يكون له فيه شبهة أصلاً أو يكون له فيه شبهة ضعيفة » .

ومن هذا يعلم أن من ورث بعض النصاب قبل خروجه من الخرز وورث أخوه مثلاً باقيه لم يقطع . . ولكى يقطع لا بد أن يسرق فوق حقه نصاباً من جميع مال الشركة، ما سرق وما لم يسرق إن كان مثلياً ، كما إذا كان جملة المال المشترك بينهما اثنى عشر لكل منها ستة وسرق منه تسعة دراهم .

وأما إذا كان مقوماً ككتاب يسرق منها ثوباً فالمعتبر أن يكون فيما سرق نصاب فوق حقه فى المسروق فقط .

فإذا كانت الشركة فى عروض فقط ككتب جعلتها تساوى اثنى عشر فسرق منها كتاباً معيناً يساوى ستة فيقطع لأن حقه فى نصف فقط ، فقد سرق فوق حقه فيه نصاباً . والفرق بين المثلى والقيمى حيث اعتبروا فى

(١) انظر ص ٢٢٩ جزء ٣ الزيلعى وانظر ص ٨٣ جزء ٢ من لا خسر .

المثلث كون النصاب المسروق فوق حقه فيما سرق فقط . أن المقوم لما كان ليس له أخذ حظه منه إلا برضا صاحبه لاختلاف الأغراض في المقوم ، كان ما سرقه بعضه حظه وبعضه حظ صاحبه وما بقي كذلك . وأما المثلث فلما كان له أخذ حظه منه وإن أبى صاحبه ، لعدم اختلاف الأغراض فيه غالباً . فلم يتعين أن يكون ما أخذه منه مشتركاً بينهما وما بقي كذلك (١) » .

وفي هذا الصدد نبحث أموراً ثلاثة في الفقهاء الغربي والإسلامي :

- ١ - السرقة بين الأقارب .
- ٢ - الكنز المدفون .
- ٣ - الأشياء الضائعة أو الفارقة .

أولاً - السرقة بين الأقارب :

نصت على الإعفاء المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات الفرنسي التي يقولون إن أصلها يرجع إلى القانون الروماني . وكان حكمها مؤسساً على المبادئ التي كان يقوم عليها نظام الأسرة في ذلك العهد . فقد كانت الأسرة معتبرة كوحدة مدنية تفتى في شخص رئيسها رب العائلة . وكان لأفراد الأسرة الواحدة حق شائع في أموال الأسرة .

أما الآن وقد زال أثر الشيوعية العائلية وحل بدلها نظام الملكية الفردية فقد أصبح من المتعين إسناد هذا الإعفاء إلى علة أخرى . وحكمة ذلك على ما جاء في حكم لمحكمة النقض والإبرام هي أن الشارع رأى أن يغتفر ما وقع بين أفراد الأسرة الواحدة من عدوان بعضهم على مال البعض الآخر وذلك حرصاً على سمعة الأسرة واستبقاء لصلوات الود القائمة بين أفرادها (٢) .

(١) انظر ص ٢٩٩ جزء ٤ من حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير .

(٢) انظر ص ٣٠٧ الخطاب جزء ٦ :

الشرط الثاني أن يكون مملوكاً لغير السارق فلو سرق ملك نفسه من المهرن أو المستأجر فلا قطع ولو طرأ الملك يارث قبل الخروج من الحرز فلا قطع وبعده لا يؤثر .

وكانت المادة ٣١٢ من قانون العقوبات المصرى تنص « على أنه لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة لإضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه » وقد عدلت المادة المذكورة بالقانون ٦٤ الصادر فى ١٥ يونيو سنة ١٩٤٧ وأصبحت تنص : « لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة لإضراراً بزوجه أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب الجنى عليه . وللمجنى عليه أن يتنازل عن دعواه فى أية حالة كانت عليها ، كما له أن يقف تنفيذ الحكم النهائى على الجانى فى أى وقت شاء » .

والغريب أن الشراح - والمصريين منهم - يتكلمون على أن أصل هذه المواد القانون الرومانى وخفى عليهم ما أفاض فيه الفقه الإسلامى منذ القدم فى هذا الخصوص . ولا نزال نقول بأن القانون الفرنسى قد أخذ ذلك الاستثناء من القوانين الإسلامية التى كانت تسود الأندلس ، ونستطيع أن نجمل آراء الفقهاء فى ذلك فى المسائل الآتية :

- ١ - السرقة بين الأزواج .
- ٢ - السرقة بين الأصول وفروعهم .
- ٣ - السرقة بين المحارم .

السرقة بين الأزواج :

يختلف الفقهاء فى السرقة التى تحدث بين الزوجين إلى آراء ثلاثة : أحدها : أنه يقطع السارق لأن النكاح عقد على النفقة فلا يسقط القطع فى السرقة كالإجارة .

والثانى : أنه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج والزوج يملك أن يحجر عليها ويمنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء فصار ذلك شبهة .

والثالث : أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة بسرقة

مال الزوج لأن للزوجة حقاً في مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حق في مالها (١)

السرقه بين الأصول وفروعهم :

كذلك اختلف الفقهاء إلى آراء كثيرة في السرقات التي تقع بين الأصول وفروعهم أو بين الفروع وأصولهم .

١ - رأى للحنفية . . أن من سرق من أبويه وإن عليا أو الولد وإن سفل لا يقطع للشبهة في مال كل منهما للآخر فللأب شبهة في مال الابن وللابن

(١) المذهب جزء ٢ ص ٢٨١ وانظر ص ٥٢٢ جزء ٢ الجصاص .

وانظر ص ٢٣٨ فتح القدير جزء ٤ .

وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر لم يقطع لوجود الإذن في الدخول عادة فاختلف الحرز ، وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي في أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد ، وفي قول آخر كقولنا . وفي ثالث يقطع الرجل خاصة .

وانظر ص ١٧٠ الخراج .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ .

أحد الزوجين يسرق مال الآخر ، فقال مالك إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ، وقال الشافعي : الاحتياط أن لا يقطع أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزني .

وانظر ص ٢٨٧ المغني جزء ١٠ لابن قدامة .

وانظر ص ٣٤٩ جزء ١١ لابن حزم .

وقد ناقش ابن حزم الفقهاء الذين اختلفوا في هذا الأمر وفند حججهم بطريقته الفذة ووصل إلى النتيجة الآتية :

« فصح يقيناً أن القطع فرض واجب على الأب والأم إذا سرقا من مال ابنتهما وعلى الابن والبنت إذا سرقا من مال أبيهما وأُمهما ما لم يبيع لهما أخذه وهكذا كل ذي رحم محرمة أو غير محرمة إذا سرق من مال ذي رحمه أو من غير ذي رحمه ما لم يبيع له أخذه بالقطع على كل واحد من الزوجين إذا سرقا من مال صاحبه ما لم يبيع له أخذه كالأجنبي ولا فرق إذا سرق ما لم يبيع وهو محسن أن أخذ ما أبيع له أخذه من حرز أو من غير حرز » .

وانظر ص ٧٦ من المدونة جزء ١٦ .

قلت رأيت المرأة إذا سرق من مال زوجها هل تقطع ؟ قال : نعم إذا سرق من مال

زوجها في غير بيتها الذي تسكن فيه .

شبهة في مال الأب والإذن في الدخول في الخرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر . ولذلك منعت شهادته شرعاً ، ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك »^(١).

وهذا الرأي قال الشافعي^(٢).

٢- رأى لأبي ثور وابن المنذر . . أن الأب يقطع في سرقة مال ابنه لقوله عز وجل « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فعم ولم يخص^(٣).

٣- رأى مالك . . أن الأب لا يقطع فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وكذلك الأجداد من قبل الأم والأب، وإن سرق الابن من مال أبيه قطع^(٤) لأنه لا حق له في مال أبيه ولذا يحد بالزنا بجاريته ويقتل بقتله^(٥).

(١) انظر ص ١٧ الخراج ٢ ، انظر ص ٢٢٨ فتح القدير جزء ٤

(٢) انظر ص ٢٨١ المذهب جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٣٠٨ الخطاب جزء ٦ وهامشه المواق .

وانظر ص ٢٣٨ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ٢١٥ من المخطوط من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي جزء ٨ .

قال أشهب : « إذا سرق الأب مع أجنبي مال الولد ما قيمته نصاب أو ما يقع على الأجنبي منه أكثر من ثلاثة دراهم لم يقطع الأجنبي لأن الأب قد أذن له فذلك شبهة ، وكذلك الأجنبي مع عبدك أو أخيك الذي ائتمنته على بيتك لم يقطع واحد منهما » .

(٥) انظر ص ٣٤٥ جزء ١١ من المحلى لابن حزم .

وقد ناقش أبو محمد بن حزم الفقهاء الذين قالوا باسقاط القطع على الوالد إذا سرق من مال ابنه مناقشة فقهية طويلة مدعمة بالأسانيد التي أوردها نرجو الرجوع إليها لمن أراد أن يستزيد ، وفي النهاية وصل إلى النتيجة الآتية :

فصح أن القطع واجب على الأب والأم إذا سرقا مال ابنيهما ما لا حاجة بهما إليه ثم نظرنا في قول من احتج به من رأى اسقاط القطع عن الابن إذا سرق من مال أبويه وعن كل ذي رحم محرمة فوجدناهم يحتجون بقوله تعالى « ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم » : الآية إلى قوله تعالى « أو صديقكم » .

السرقه بين المحارم :

اختلف الفقهاء كذلك في هذا الأمر إلى آراء .

١ - رأى مالك وهو القطع في السرقات التي تحدث فيما بين المحارم .

ورأى للشافعي والحنابلة وهو أنه يقطع في السرقة بين المحارم لأنه لا شبهة لهم في المال .

٢ - رأى لأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يقطع ذو الرحم المحرم لأن لهم دخول المنزل فهذا إذن من صاحبه يختل الحرز به ولأن القطع بسبب السرقة فعل يفضي إلى قطع الرحم وهذا لا يجوز^(١) .

= قال : فإباحة الله تعالى الأكل من بيوت هؤلاء يقتضي إباحة دخول منازلهم بغير إذنهم . فإذا جاز لهم دخول منازلهم بغير إذنهم لم يكن مالهم محرراً عنهم ولا يجب القطع في السرقة من غير حرز وقالوا أيضاً فإن إباحة الأكل من أموالهم تمنعهم من وجوب القطع لما لهم فيه من الحق كالشريك .

قال ابن حزم : ولا حجة لهم في شيء منه أصلاً فأما الآية فحق ولا دليل فيها على ما ذكروا فليس فيها إسقاط القطع على من سرق من هؤلاء لا بنص ولا بدليل وإنما فيها إباحة الأكل لا إباحة الأخذ بلا خلاف .

(١) انظر ص ٢٢٠ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبى .

قوله : « وفي غير الولاء من الأقارب كالأخ والأخت والعم والخال فمعدنا لا يجب القطع وعند الشافعي يجب القطع له ظاهر قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولأن ملك أحدهما مباحين للملك الآخر فيجب القطع لوجود سرقة من حرز كامل ولنا أن القطع لا يجب إلا بأخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الإذن بالدخول فلا يبقى المال محرراً في حق السارق . ألا ترى إلى قوله تعالى « ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتيحه أو صديقكم » فإن قلت الآية تدل على إباحة الأكل لا إباحة الدخول . قلت الأكل في البيت لا يكون إلا بالدخول فيه فدل إباحة الأكل في البيت على إباحة الدخول فيه ومع إباحة الدخول فيه لا يكون الحرز ثابتاً فإن قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الآية وقد قال تعالى فيها « أو صديقكم » ومع هذا لو سرق من بيت الصديق قطع . قلت لما سرق ظهر أنه لم يكن صديقاً =

السرقات التي نعتت من الحرم :

عندما نبث هذا الموضوع في الفقه الإسلامي يجدر بنا أن نعلم أن غالبية الخدم كانت من العبيد والعبد مملوك لسيده .

وقد اختلف الفقهاء في العبد يسرق مال سيده فإن الجمهور من العلماء على أن لا يقطع .

وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً .

وقال أهل الظاهر يقطع إلا أن يأتمنه سيده .

واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه .

والشافعي مرة يشترط هذا ومرة لم يشترط .

وبدء الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة (١) .

= بل كان عدواً بخلاف ما إذا سرق من أخيه أو عمه أو خاله لا يقال لم تبقى الأخوة أو العمومة أو الخوالة بالسرقه فظهر الفرق والجواب عن آية السرقة فنقول أنها مخصوصة بالإجماع فقد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وذير الحرز ومال فيه شركة للسارق .

وانظر ص ٣٧٧ جزء ٢ بداية المجتهد .

وانظر ص ١٧٠ الخراج .

وانظر ص ٢٨١ المذهب جزء ٢ .

وانظر ص ٧٥ جزء ٧ من بدائع الصنائع .

ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه .

(١) انظر ص ٧٥ بدائع الصنائع جزء ٧ (ذكر في الموطأ أن عبد الله بن عمرو الحضري جاء إلى عمر رضي الله عنه بعبد له فقال أقطع هذا فإنه سرق فقال : وما سرق ؟ قال امرأة لإمرأتى ثمنها ستون درهماً . فقال سيدنا عمر رضي الله عنه : أرسله ليس عليه قطع . خادمتكم سرق متاعكم ، ولم ينقل أنه أنكر عليه متكر فيكون إجماعاً ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا أجبر سرق من موضع أذن له في دخوله) .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ ، الخراج ص ١٧٠ ، الماوردى ص ٢١٩ .

وانظر ص ٢٢ من الطرق الحكيمة لابن القيم .

ثانياً - الكنز المدفون .

تكلم القانون الوضعي عن الكنز المدفون فنصت المادة ٨٧٢ من القانون المدني :

١ - الكنز المدفون أو الخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو للمالك رقبته .

٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة ، يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته .

فالكنز المدفون إن وجد في أرض لا مالك لها فهو ملك لمن وجده وإذا وجد في أرض مملوكة للغير فهو ملك لصاحب الأرض مع ملاحظة أن بعض الآثار القديمة تعتبر من أملاك الحكومة بحكم بعض القوانين الخاصة . وقد نصت المادة ١٤٩ من مرشد الحيران :

« من وجد في أرض من الأراضي المباحة كالجبال والمفاوز كنزاً مدفوناً وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة . وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية فهو ملك للمالك الأرض التي وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطه » .

وقد أفاض فقهاء الإسلام في أحكام الكنز المدفون وأهم آرائهم ترجع إلى أمرين :

١ - إن كان على الكنز شعار يدل على أنه دفن في العهد الإسلامي فيجرى عليها حكم اللقطة على ما سيجيء بعد . وهو أن يقوم الملتقط بتعريفها فإن عرفها مالكتها أخذها وإن لم يعرف مالكتها يتصدق بها على الفقراء أو ينفقها على نفسه إن كان محتاجاً .

٢ - إن كان عليها شعار يدل على أنها دفنت قبل الإسلام فن يجدها يعطى الخمس لبيت المال والباقي له .

٣ - إن لم يتبين الكنز هل هو جاهلي أو إسلامي . اختلف رأى الفقهاء فبعضهم يقرر أنه إسلامي تجرى عليه أحكام الكنز الإسلامى وبعضهم يقرر أنه جاهلي تجرى عليه أحكام الكنز الجاهلي .
وفى الموضوع تفاصيل كثيرة من شاء أن يرجع إليها فليرجع إليها فى مراجعها^(١).

ثالثاً - الأشياء الفاقدة أو الضائعة :

الأشياء الفاقدة هى أشياء مملوكة لشخص ما فقدت منه ولم يتدخل صاحبها عن حيازته لها باختياره ورضاه .

وقد نظم المشرع المصرى حكم هذه الأشياء فأصدر لأئحة فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ لا تزال سارية للآن تنص المادة الأولى منها :

« كل من يعثر على شيء أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده إلى صاحبه فى الحال يجب عليه أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة بوليس فى المدن أو العمدة فى القرى ، ويجب إجراء التسليم أو التبليغ فى ظرف ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ومن لم يفعل ذلك يعاقب بدفع غرامة يجوز إبلاغها إلى مائة قرش وضياع حقه فى المكافأة المنصوص عليها فى المادة الثالثة . فإذا كان حبس الشيء أو الحيوان مصحوباً بنية امتلاكه بطريق الغش فتقام الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة ، ولا يبقى هناك وجه للمحاكمة على المخالفة » .

* * *

ويحكم هذا الموضوع فى الفقه الإسلامى أحاديث كثيرة أهمها :
« جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال :

(١) انظر كتاب الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٣٢ .

وانظر كتاب الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٨٢ .

اعرف وكاءها^(١) وعفاصها^(٢) ثم عرفها سنة ثم استمتع بها ، فإن جاء ربها فأدها إليه ، فقال : فضالة الإبل ؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال : ومالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الشجر فذرهما حتى يلقاها ربها ، قال : فضالة الغنم ؟ قال : لك أو لأخيك أو للذئب » رواه البخارى ومسلم عن أبى بن كعب رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان من الأفضل الالتقاط أم الترك فقال أبو حنيفة الأفضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال المسلم وبذلك قال الشافعى .

وقال مالك وآخرون منهم أحمد وابن عمر وابن عباس بكراهة الالتقاط لأمرين :

(١) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار .

(ب) ما يخاف من التقصير في التعريف بها .

واللقطة هى كل مال المسلم تعرض للضياع ، كان ذلك فى عامر الأرض أو غامرها والجماد والحيوان فى ذلك سواء إلا الإبل . واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا فى البقر ، والنص عن الشافعى أنها كالإبل وعن مالك أنها كالغنم^(٣) .

وملتقط اللقطة يعرفها بالاتفاق ولكن ما الحكم بعد انقضاء السنة ؟

لا يخلو الأمر من أن يكون غنياً أو فقيراً محتاجاً .

فإن كان فقيراً محتاجاً كان له أن يأكله أو ينفقها .

وإن كان غنياً كان له أن يتصدق بها .

(١) الوكاء الحبل الذى تشد به اللقطة .

(٢) المغاص الوعاء الذى فيه اللقطة .

(٣) ص ٢٥٦ بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

فإن جاء صاحبها كان خيراً بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها
أو يضمه إياها^(١).

واختلفوا في الغنى ، هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد السنة ؟

فقال مالك والشافعي وروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة أن
له ذلك ، يستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » .

ولم يفرق بين غنى وفقير .

وقال أبو حنيفة ليس للغنى إلا أن يتصدق بها ، وروى مثل قوله
عن علي وابن عباس وجاعة من التابعين .

وقال الأوزاعي إن كانت اللقطة مالاً كثيراً يسلم لبیت المال .

فإذا خضر شخص وادعى اللقطة فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تسلم
إليه إلا إذا عرف العفاص والوكاء ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان يلزم فوق
ذلك أن يقيم بيعة على ملكيته لها .

فقال مالك يستحق اللقطة بالتعريف ولا يحتاج إلى بيعة .

وقال أبو حنيفة والشافعي لا يستحقها إلا مع البيعة . وللفقهاء تفصيل
كثير في ذلك الأمر .

أما ضالة الغنم فإن العلماء اتفقوا على أن من وجد ضالة الغنم في مكان
بعيد عن العمران ولم يعرف صاحبها . فله أن يأكلها لقوله عليه الصلاة
والسلام في الشاة « هي لك أو لأخيك أو للذئب » .

واختلفوا ، هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟

فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها .

(١) قال بذلك الرأي مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد
وأبو ثور . (ص ٢٥٦ بداية المجتهد جزء ١ لابن رشد) .

وقال مالك في أشهر الأقوال عنه إنه لا يضمن . ذلك إذا تعسر حملها أو سوقها إلى الغمران وخيف عليها وإلا ضمن^(١).

والبقر مثل الإبل في هذا الأمر، روى عن المنذر بن جرير قال : كنت مع أبي بالبوازيج بالسواد ، فراحت البقر ، فرأى بقرة أنكرها ، فقال ما هذه البقرة ؟ قالوا : بقرة لحقت بالبقر ، فأمر بها فطردت حتى توارت ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يأوى الضالة إلا الضال » روى مالك أنه سمع ابن شهاب الزهري يقول :

كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تتنازع لا يمسه أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع ، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها^(٢). ويرى بعض المالكية أن ما فعله عثمان يوافق المصلحة العامة^(٣).

ورأى على بن أبي طالب جواز التقاط الإبل حفظاً لها لصاحبها ولكنه رأى أنه قد يكون في بيعها وإعطاء ثمنها غرم عليه فرأى التقاطها والإنفاق عليها من بيت المال حتى إذا حضر صاحبها أعطيت إليه وقد قام الإمام على بما قام لأنه فهم — وقد اتسعت رقعة الدولة — أن المصلحة العامة تقتضي ما فعل وإن خرج على ظاهر النص الذي ورد عن الرسول . وهكذا تتغير الأحكام بتغير الأزمان طالما هي في نطاق التشريع العام^(٤) فالإمام على وإن خالف ظاهر النص تمشى مع علته .

ولذلك ، فإذا جاء المشرع الوضعي الآن ووضع نظاماً للأشياء الفاقدة أو الضائعة اقتضته طبيعة الأمور واتساع رقعة الدولة وازدياد العمران وانتشار المدنية بها — فهذا التشريع لا يتنافى مع أصول التشريع الإسلامي .

(١) ص ٢٥٨ بداية المجتهد لابن رشد .

(٢) الموطأ جزء ٢ ص ١٢٩ .

(٣) الصاوي على الشرح الصغير .

(٤) انظر ص ٨٥ من تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى .

سرقة مال الذمي والحربي :

ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي، ويقطع الذمي بسرقة مالها وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً . فأما الحربي إذا دخل إلينا مستأمناً فسرقة فإنه يقطع أيضاً . وقال ابن حامد لا يقطع وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه كحد الزنا . وقد نص أحمد على أنه لا يقام عليه حد الزنا ، وللشافعي قولان كالْمُذْهِبِينَ .

ويقول صاحب المغنى : ولنا أنه حد يطالب به فوجب عليه كحد القذف، بحقه أن القطع يجب صيانة للأموال وحد القذف يجب صيانة للأعراض فإذا وجب في حقه أحدهما وجب الآخر فأما حد الزنا فلم يجب لأنه يجب به قتله لنقضه العهد ولا يجب مع القتل حد سواه .

إذا ثبت هذا فإن المسلم يقطع بسرقة ماله ، وعن أبي حنيفة لا يجب ولنا أنه سرق مالا معصوماً من حرز مثله فوجب قطعه كسارق مال الذمي ويقطع المرتد إذا سرق لأن أحكام الإسلام جارية عليه^(١).

رابعاً - القصد الجنائي :

جريمة السرقة من الجرائم العمدية ، فلا بد من توافر العمد أي القصد الجنائي وإن لم يرد لذلك ذكر في المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري في النص العربي إلا أن النص الفرنسي لتلك المادة جاء فيه أنه يعتبر سارقاً من يخلس Frauduleusement أي بسوء قصد .

والأصل في القصد الجنائي عموماً أنه يعتبر متوافراً متى ارتكب الجاني عن علم ، الفعل الذي يحرمه القانون بالضرورة التي يعاقب بها .
إلا أنه في جريمة السرقة لا يكفي أخذ الجاني للشيء مع علمه بأنه مملوك

(١) انظر ص ٢٧٦ جزء ١٠ المغنى .

لغيره وبدون رضا صاحبه ، بل يجب أن يكون الاختلاس بنية تملكه^(١).
ولتوافر القصد الجنائي يجب :

١ - أن يعلم الجاني أنه يأخذ مالا مملوكاً لغيره - أما في المسائل الخلافية إذا كان حكم القانون المدني غامضاً فلا يعتبر الشخص سارقاً .

أما في المسائل الواضحة المقررة فلا محل للاعتذار بجهل القانون لتعذر التوفيق بين ادعاء الجهل وحسن النية^(٢).

٢ - أن يعلم الجاني أنه يأخذ المال بدون رضا صاحبه أو حائزه، فإذا كان يعتقد بحسن نية توافر هذا الرضاء ولو كان هذا الاعتقاد خاطئاً إلا أن الظروف تبرره ، فلا عقاب .

٣ - يجب أن يكون الاختلاس للمال بنية تملكه، وهذه هي النية الخاصة الواجب توافرها في جريمة السرقة . فقصد التملك شرط أساسي للعقاب فإذا انعدمت هذه النية سقطت الجريمة .

٤ - يجب أن يكون 'القصد الجنائي معاصراً للاختلاس ، فإذا كان الاستيلاء على الشيء بحسن نية ثم نشأ سوء القصد بعد ذلك فلا سرقة .

ذلك في الفقه الغربي .

فهل يتمشى ذلك في الفقه الإسلامي . وهل تلزم هذه الفروع لاكمال الأركان وترتب قطع اليد ؟

ونهجاً على روح المشرع الإسلامي في التضييق من معنى هذه الجريمة الخطيرة لذلك الأثر الجسم المرتب على عقوبتها « قطع اليد »، نجد أن القصد الجنائي من أهم الأركان التي يلزم توافرها بطبيعة الحال .

(١) انظر ص ٥٦ من كتاب جرائم الأموال للدكتور الفللى ، ص ١٣١ من الموسوعة

جزء ٥ .

(٢) انظر ص ٦٤٢ أحمد بك أمين .

ورد في فتح القدير للكمال بن الهمام عند الكلام فيمن يسرق شيئاً تبعاً لشيء آخر .

« ولا يعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع ، وكمن سرق صبيهاً وعليه حلى كثيرة لا يقطع ، لأن المقصود ليس المال » قال في المبسوط :

« ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوى عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه ، وإن كان يعلم بها فعليه القطع . . . » فالسارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به وإذا كان عالماً بالدرهم فقصده أخذ الدرهم ، بخلاف ما إذا لم يعلمها فإن قصده الثوب وهو لا يساوى نصاباً . وقد تقدم مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدرهم قطع وإلا لا ، وهنا فرق بين العلم وعدمه ، فالخاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق ، فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع وإلا لا . وعلى هذا فثله العلم بالمصروع وعدمه صحيح ، إلا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار في نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا باقرار ، وما تقدم هو ما إذا لم يقر بعلمه بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه وذلك بأن يكون كيساً فيه الدراهم فلا يقبل قوله : لم أقصد . لم أعلم^(١) .

وجاء في المهذب للشيرازي في تعريف السرقة^(٢) :

« ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الإسلام ، نصاباً من المال الذي يقصد إلى سرقة من حرز مثله ، لا شبهة له فيه ، وجب عليه القطع » .

(١) فتح القدير ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ جزء ٤ الزيلعي جزء ٣ ص ٢١٦ . وانظر

ص ١٥٨ المنتقى جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢٧٧ المهذب جزء ٢ للشيرازي .

وجاء في الخطاب (١):

« قال ابن عرفة : السرقة، أخذ مكلف حرّاً لا يعقل لصغره ، أو مالا محترماً لغيره نصاباً ، أخرجه من حرز بقصد » .

كما جاء في مرجع آخر :

« وكذا كل ما سلط الشرع على كسره كزمار وطنبور وصنم، لأن إزالة المعصية مطلوبة شرعاً فصار شبهة، لكن محل ذلك إن قصد بإخراجه تكسيه فإن قصد السرقة وبلغ ما كسره نصاباً قطع به لأنه سرق نصاباً من حرز مثله، كما لو كسره في الحرز ثم أخرجه وهو يبلغ نصاباً فإنه يقطع به كما يقطع بإناء الخمر إن بلغ نصاباً وقصد بإخراجه السرقة . فإن قصد بإخراجه إراقتة فلا قطع لأن ذلك مطلوب شرعاً (٢) » .

مما قدمناه من نصوص يظهر بوضوح ضرورة توافر القصد الجنائي لإتمام أركان جريمة السرقة ، بل إن ذلك مذكور صراحة في النصوص التي قدمناها ، بل إن الأربعة الفروع التي رتبها شراح القانون الجنائي نكاد نلمسها من بين طيات ما ذكرنا فيما سبق وهو كون الجاني يعلم أن المال مملوك للغير وأنه يأخذه بدون رضاه بنية تملكه .
ونبحث في هذا الموضوع أمراً هاماً .

الجهل بالقانون :

جرى قول شراح الفقه الغربي على أنه لا يعذر أحد لجهله بالقانون ومع ذلك يرى فريق من الشراح أنه إذا كان الشخص في ظarf يستحيل فيه العلم بصدر قانون فلا يسأل إذا خالفه جهلاً منه بأحكامه . ويعطون

(١) ص ٣٠٦ جزء ٦ الخطاب .

(٢) انظر ص ٢٩٣ حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الفزى الشافعى طبعة سنة

١٣٠٣ هجرية بالمطبعة الشرقية .

مثلاً لهذه الحالة بالمحاصرين في قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صهبرت في أثناء حصارهم وكان يستحيل عليهم العلم بها^(١).

أما في الفقه الإسلامي فالظاهر كما رأينا في بحث سابق لنا أن الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير، فمن جهل القانون وكان مقصراً في هذا الجهل، حوسب على جهله، ولم يعتد بخطئه. فالأصل أن الجهل بالقانون ليس بعذر ولا يكون عذراً إلا إذا قامت ملاسات خاصة تنفي تهمة التقصير في جانب من يجهل القانون. وإذا كان هناك شيء من التساهل في الحدود، فذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات^(٢).

ورد في كتاب أحكام القرآن لابن العربي :

« شرط في السارق ستة معان ، منها :

العقل— لأن من لا يعقل لا يخاطب عقلاً ، والبلوغ— لأن من لم يبلغ لا يتوجه إليه الخطاب شرعاً ، وبلوغ الدعوة— لأن من كان حديث عهد بالإسلام ولم يثاقل^(٣) حتى يعرف الأحكام وادعى الجهل فيما أتى من السرقة والزنا وظهر صدقه ، لم تجب عليه عقوبة كالآب في مال ابنه » .

(١) انظر ص ٨٠ الموسوعة جزء ٣ والدكتور كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى

ص ٣٨٠ .

(٢) انظر ص ١٥٥ مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري .

وانظر ص ٢٢١ الأشباه والنظائر للسيوطي .

كل من علم بتحريم شيء ، وجهل ما يترتب عليه ، لم يفده ذلك كمن علم بتحريم الزنا ، وانهر ، وجهل وجوب الحد . يحد بالاتفاق لأنه كان حقه الامتناع .

(٣) انظر ص ٢٥٢ من الجزء الأول من كتاب أحكام القرآن لابن العربي ، والمثافذة

بجاسة المسلمين وملازماتهم . وابن العربي هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عبدالله بن أحمد المعروف بابن العربي من أهل أشبيلية يكنى أبا بكر ولد سنة ٤٦٨ هـ وتوفي سنة ٥٤٤ هـ .

المبحث الثانى

الشروع فى السرقة والسرقة التامة

درج فقهاء القانون الوضعى على الكلام فى الشروع فى السرقة لأهمية ذلك من جملة نواح مختلفة أهمها: أن عقاب الشروع أخف من عقوبة الجريمة التامة ، كما أن الجانى يستطيع طالما أن الجريمة لم تتم أن يعدل عن ارتكابها فيكفى نفسه شر العقاب .

ولذلك سنبحث أمرين : الشروع فى السرقة ، والسرقة التامة :

الشروع فى السرقة :

اختلف شراح القانون الغربى فى نظرية الشروع . فالمذهب المادى يشترط أن يبدأ الجانى فى الركن المادى ، أى فى ركن الاختلاس حتى يعد شارعاً فى جريمة السرقة . والمذهب الشخصى يكفي بأن يأتى الجانى من الأعمال ما يؤدى حالا ومباشرة إلى ارتكاب جريمة السرقة فيأتى من الأعمال ما يجزم بنيته فى ارتكاب الجريمة .

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا رأى عندما نص فى المادة ٤٥ من قانون العقوبات على :

« الشروع - هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها . ولا يعتبر شروعا فى الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لذلك » .

ولا يهمننا البحث فيما إذا كانت الشريعة قد خصصت نظرية الشروع فى الجريمة ببحث مستقل ، لأن الفقه الغربى اضطر إلى القول بهذه النظرية

والإفاضة فيها فتارة يأخذ بالمذهب المادى ، وتارة يأخذ بالمذهب الشخصى
لكى لا يفلت المجرم من العقاب إذا لم تتوافر أركان الجريمة .

فقالوا لذلك بالشروع - ولكن الشريعة لم تكن محتاجة لهذه النظرية
لأن نظرية التعزير تلحق المجرم الذى يرتكب الجريمة قبل تمامها .

ومع كل ، فالشريعة كانت سباقة فى العقاب على هذه المسائل وإن لم
يخصص فقهاؤها الأقدمون باباً خاصاً لهذه النظرية . ونظرية التعزير نظرية
أعم يندرج تحتها مثل نظرية الشروع دون أن تسميها الشريعة كذلك^(١) .

ومع كل ، فقد وجدنا فروضاً كثيرة بين طيات كتب الفقه الإسلامى تعبر
عن الشروع فى جريمة السرقة دون أن يسميها الفقهاء شروعا فى السرقة
ويعاقبون فيها بالتعزير . جاء بالأحكام السلطانية للماوردى : « إذا جمع
المال فى الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ضرب أربعين سوطاً ، وإذا نقب
الحرز ودخل ولم يأخذ ضرب ثلاثين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ولم يدخل
ضرب عشرين سوطاً ، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ضرب
عشرة أسواط . وإذا وجد معه منقب أو كان مرصداً للمال يحقق^(٢) » .

وجاء فى الخراج للقاضى أبى يوسف .

(١) انظر ص ٣٤٥ من التشريع الجنائى الإسلامى إذ يقول المؤلف :

« ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع فى الجرائم ، لأن الأفعال التى لم تتم
تدخل فى جرائم التعازير كلما تكون منها معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف
لتكوين الجرائم المقصودة أصلاً ، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروعة فيها ما دام أن
ما تم منها يعتبر فى ذاته جريمة تامة ، وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا إنها جرائم
الشروع فلن نأتى بشئ جديد . »

(٢) انظر ص ٢٢٩ الماوردى ، وانظر ص ٢٦٥ أبى يعلى ، ١٧١ الخراج ، ٣٠٦

حاشية السوق جزء ٤ « السارق إذا نقب الحرز فقط ولم يخرج النصاب منه فإنه لا يقطع فلو
أخرج غيره النصاب من ذلك النقب لا يقطع لأن النقب يصير المال فى غير حرز وذلك إذا لم يكن
بينهما اتفاق » .

« حدثنا الحجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أتى برجل قد نقب وأخذ على ذلك الحال فلم يقطعه ، قال : وحدثنا عاصم عن الشعبي قال : ليس عليه قطع حتى يخرج بالمتاع من البيت » (١).

فكل الصور المتقدمة من صور الشروع في جريمة السرقة كما يعرفها الفقه الجنائي الحديث، وإنما لم يعبر فقهاء الشريعة عنها بذلك فهي جرائم دون السرقة تستوجب التعزير .

دعوى السرقة :

هل يشترط لتوقيع العقوبة رفع الدعوى ومطالبة المسروق منه بالشيء المسروق ؟

قال صاحب الكنز :

وطلب المسروق منه شرط القطع أى طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار في ذلك لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الأداء والقطع لتنتفى تلك الشبهة، وكذا إذا غاب عند القطع لأن الإمضاء في الحدود من القضاء . وفي البدائع : إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحساناً ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر^٣ . وذكر في النهاية معزياً إلى المبسوط أنه لا يعتبر بحضور وكيله عند

(١) وانظر ص ٣٢٠ المحلى لابن حزم جزء ١١ « عن عمرو بن شعيب أن سارقاً نقب خزانة المطلب بن وداعة فوجد فيها قد جمع المتاع ولم يخرج به فأتى به إلى الزبير فجلبه وأمر به أن يقطع فر باين عمر فسأل فأخبر فأتى ابن الزبير فقال : أمرت به أن يقطع ؟ فقال نعم . فما شأن الجلد ؟ قال : غضبت . فقال ابن عمر : ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت . أرايت لو رأيت رجلاً بين رجل امرأة لم يصبها أنت حاده ؟ قال : لا . قال : لعله قد كان نازعاً تائباً وتاركاً للمتاع » .

الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير .
وقال ابن أبي ليلى : لا يشترط حضوره فيها لأن الحد حق الله تعالى فكان من
باب الحسبة كالزنا . وقال الشافعي : لا حاجة إلى حضوره في الإقرار دون
البينة لأن الشهادة تبني على الدعوى دون الإقرار^(١).

رد المسروق :

إذا قطع السارق هل يلزم برد المسروق أو ثمنه ؟

١ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد والثوري وابن شبرمة
إذا قطع السارق فإن كانت السرقة قائمة بعينها أخذها المسروق منه ، وإن كانت
مستهلكة فلا ضمان عليه وهو قول مكحول وعطاء والشعبي وأحمد قولي
إبراهيم النخعي^(٢).

٢ - وقال مالك يضمنها إن كان موسراً ولا شيء عليه إن كان معسراً .

٣ - وقال عثمان البتي والليث والشافعي يغرم السرقة وإن كانت هالكة
وهو قول الحسن والزهرى وحامد وأحمد قولي إبراهيم النخعي .

وقال الجصاص :

إذا كانت السرقة قائمة بعينها فلا خلاف أن صاحبها يأخذها ، وقد روى
أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء على صفوان
والذي يدل على نفى الضمان بعد القطع قوله تعالى : « فاقطعوا أيديهما جزاء
بما كسبا نكالا من الله » . والجزاء اسم لما يستحق بالفعل فإذا كان الله تعالى جعل
جميع ما يستحق بالفعل هو القطع لم يجز لإيجاب الضمان معه لما فيه من الزيادة

(١) انظر ص ٢٢٧ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٠٨ جزء ٤ الدسوقي : والحاصل أن المسروق إن كان موجوداً بعينه
وجب رده لربه إيجاباً بلا تفصيل ، وإن تلف فإن أيسر فكذلك ويرد مثل المثل وقيمة المقوم
وإن أيسر ولو في بعض المدة فكذلك إن لم يقطع وإلا فلا غرم .

في حكم النصوص، ولا يجوز ذلك إلا بمثل ما يجوز به النسخ، وكذلك قول تعالى «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله» ينفي أن يكون هناك جزاء غيره ومن جهة السنة، حديث عبد الله بن صالح قال: حدثني الفضل بن فضالة عن يونس بن زيد قال: سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله قال: إذا أقمت على السارق الحد فلا غرم عليه^(١).

إفشاء الأشياء المسروقة:

جاء في المنتقى شرح الباجي عند تعليقه على ما جاء في الموطأ عن سرق عقد أسماء بنت أبي عيسى زوجة أبي « وقوله أنهم فقدوا عقداً لأسماء زوج أبي بكر الصديق فأخذوا يطلبونه ويبحثون عنه وهو يمشي معهم في ذلك ويدعو على من سرقه فيقول: اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح يريد سرقهم ليلاً أو صيرهم في ليلهم إلى مثل ذلك الحال من التعب والمشقة ثم أن الحلبي وجد عند صائغ زعم أن الأقطع جاء به وهذا لا يوجب على الصائغ قطعاً لو أنكر الأقطع لأنه من وجد عنده متاع وزعم أنه له أو أنه اشتراه أو وهب له فاستحقه منه مستحق زعم أنه سرق له فإنه لا يخلو أن يكون غير متهم أو متهماً، فإن كان غير متهم فقد قال ابن القاسم فيمن توجد معه السرقة فيقول: ابتعتها من السوق ولا يعرف بائعها وهي ذات بال أو لا بال لها أو ادعى المستحق أنها أكثر مما وجد معه، أنها ترد إلى من استحقها بالبينة بعد أن يحلف أنه ما خرج عن ملكه، فإن كان وجدت بيده من أهل الصحة خلى سبيله ولا يمين عليه.

وروى ابن حبيب عن أصبغ أنه إن كان من أهل الصلاح والبراءة أدب

(١) انظر ص ٥٢٤ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص والرأي الثالث هو الذي يمشي

مع المصلحة العامة.

المدعى . وقال مالك : لا يؤدب إذا كان ذلك منه طلباً لحقه ، وإن قاله على وجه المشاتمة نكل له .

وفى الموازية عن أشهب ، لا أدب على المدعى إلا أنه يتهم أنه يريد عيبه وسبه . وجه قول ابن القاسم أنه قد أضاف إليه السرقة وهو منزله عنها فوجب عليه الأدب كما لو قصد شتمه .

ووجه القول الثانى : أنه محتاج إلى أن يقوم بدعواه فكان له مخرج يصرف عنه الأدب كالفاذف لزوجته « (١) » .

السرقه من السارق :

اختلف فى قطع يد من سرق المال من الذى سرقه ، فقال علماء المالكية : يقطع . وقال الشافعى : لا يقطع ، لأنه سرق من غير مالك ومن غير حرز . وحجة المالكية : حرمة المالك عليه باقية لم تنقطع عنه ؛ ويد السارق كلايد ، كالغاصب لو سرق منه المال المغصوب قطع ، فإن قيل لهم : اجعلوا حرزه كلا حرز . قال هؤلاء العلماء : الحرز قائم والمالك قائم ولم يبطل الملك فيه فيقولوا للمالكية : أبطلوا الحرز (٢) .

المبحث الثالث

الجريمة التامة وعقوبتها

تم جريمة السرقة الموجبة للحد إذا توافرت أركانها التى ذكرناها فيما تقدم فإذا انعدم ركن من هذه الأركان أو فرع من الفروع التى اتفق الفقهاء على وجوبها ؛ لا يجب القطع ، ويترتب التعزير على جريمة أخرى ليست جريمة سرقة .

(١) انظر ص ١٦٦ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ للباغى .

(٢) انظر ص ١٦٦ جزء ٦ القرطبى .

وقد احتاج المشرع الوضعى نظراً لتفاهة عقوبة السرقة أن يقوم بتشديد العقوبة على السارق إن اقترن فعله بظروف مشددة أهمها :

١ - الزمان أو الوقت الذى ارتكبت فيه السرقة .

٢ - المكان الذى وقعت فيه السرقة .

٣ - تعدد المرتكبين .

٤ - الوسائل المستخدمة فى ارتكاب السرقة .

٥ - صفة الجانى .

كما تتغير طبيعة الجريمة نفسها من جنحة إلى جناية إذا ارتكب الجانى جريمته بالإكراه أو باستعمال السلاح أو فى الطرق العمومية بشروط خاصة .

* * *

أما المشرع الإسلامى فلا يحتاج إلى كل ذلك ، فقد فرض عقوبة زاجرة حفظاً لأموال الناس . فالسارق يعاقب بقطع يده وليس بعد ذلك من ردع . إلا أنه قد رأى أن اللصوص قد يعيشون فى الأرض فساداً يفتالون أموال الناس بالباطل لا يردعهم فى ذلك قانون ولا شرع ، ولذلك فرض عقوبة المحاربين .

المبحث الرابع

الإثبات فى السرقة

تثبت جريمة السرقة بواحد من أمرين :

١ - الإقرار أى الاعتراف .

٢ - الشهادة .

أولاً - الإقرار :

إقرار المرء على نفسه حجة عليه . وعند زفر لا يقطع بإقرار العبد على نفسه من غير تصديق المولى .

واختلف في عدد مرات الإقرار .

١ - قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي والثوري وعطاء: إن الجريمة تثبت بالإقرار مرة واحدة^(١).

٢ - وروى عن علي بن أبي طالب ، وابن أبي ليلى^(٢) وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة والحنابلة أنه لا يقطع ما لم يقر مرتين في مجلسين مختلفين^(٣). وقال أبو يوسف : إن الدعوى في الإقرار ليست شرطاً ويقطع ولو كان المجني عليه غائباً .

فإذا رجع في إقراره واعترافه قبل القطع سقط القطع . ولم يسقط غرمه للمسروق لأنه حق المجني عليه في قول بعض الفقهاء ، وفي قول آخر لا يقبل رجوعه^(٤).

(١) انظر ص ٧٠ من كتاب الجامع الصغير محمد بن الحسن منشور على هامش كتاب الخراج للقاضي ابن يوسف الطبعة الأولى سنة ١٣٠٢ هـ .

(٢) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ولد سنة ٧٤ هـ وتفقه بالشعبي وروى عن الشعبي وعطاء ونافع وأخذ عنه الفقه سفيان الثوري . ولى قضاء الكوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة . وكان أبو حنيفة يفتي أحياناً بخلاف ما يقضي به ابن أبي ليلى . فتأثر من ذلك وشكاه للوالى قائلا أن بالكوفة شاباً يمارضني الأحكام ويشنع على بالخطأ فبعثت الوالى إلى أبي حنيفة ومنعه من الفتوى وقد تفقه به أبو يوسف أولاً ثم انتقل إلى أبي حنيفة وألف كتاباً ضمنه المسائل الخلافية بين أستاذه . توفي سنة ١٤٨ هـ .

(٣) انظر ص ٢٢٨ ، ٢٨٩ المغني جزء ١٠ لابن قدامة . وذكر بشر رجوع أبو يوسف إلى الرأي الآخر . انظر ص ٢١٣ جزء ٣ الزيلعي :

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن أبي أمية المخزومي أن النبي صلى الله عليه وآلي بلص قد اعترف فقال له « ما أخالك سرت . قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع . ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره » . وروى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال : شهدت علياً أتاه رجل بالسرقة فردده وفي لفظ فأنهروه وفي لفظ فسكت عنه . وقال غير هؤلاء فطرده ثم عاد بعد ذلك فأقر فقال له علي : شهدت على نفسك مرتين وأمر به فقطع . قال أحمد : لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره وهذا قول عامة الفقهاء . روى ذلك عن الخلفاء الراشدين .

(٤) قال بذلك ابن أبي ليلى وداود .

وقد جاء في المحلى لابن حزم :
من أقر بسرقة فلا يخلو من أن يكون أقر بلا تهديد ولا عذاب ، أو أقر
بتهديد وعذاب .

فإن أقر بتهديد وعذاب فلا قطع عليه أصلاً أحضر السرقة أو لم يحضرها
إذ قد يدرى موضعها ، أو جعلت عنده فلا قطع عليه .
وإن كان أقر بلا تهديد ولا عذاب فالقطع عليه أخرج السرقة أو لم
يخرجها . . .

وقال ابن حزم : وقال بعض من لا يرى درء الخد عن السارق برجوعه ،
إنه إن أقر ثم رجع فلا قطع عليه لكن يغرم السرقة التي أقر أنه سرقها منه .
وهذا تناقض وخطأ لأنه لم يقر له بشيء إلا على وجه السرقة .

(قلنا) فلا يخلو إقراره ذلك ضرورة من أحد وجهين لا ثالث لهما :
إما أن يكون صادقاً في أنه سرق منه ما ذكر أو يكون كاذباً في ذلك .
فإن كان صادقاً فقد عطلوا الفرض إذ لم ينفذوا عليه ما أمر الله تعالى به
من قطع يد السارق .

وإن كان كاذباً فقد ظلّموه إذ غرموه ما لم يجب له عنده قط . ولا صح
إقراره به فهم بين تعطيل الفرض أو ظلم في إباحة مال محرم وكلاهما لا يحل^(١) .

ثانياً - الشهادة :

يأزم لثبوت الجريمة شهادة رجلين عدلين - فلا تقبل شهادة النساء
ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة - وعدم تقادم العهد - حتى
ولو شهدوا بالسرقة بعد انقضاء المدة القانونية^(٢) - لم تقبل ولا يقطع . ويجب

(١) انظر ص ٣٤٠ ، ٣٤١ جزء ١١ المحلى لابن حزم

(٢) انظر ص ١٨٤ من العقوبة في الفقه الإسلامى للمؤلف .

وانظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

وانظر ص ٦٥ من المدوّنة جزء ١٦ . قال سحنون : قلت لعبد الرحمن بن القاسم : رأيت
الرجلين يشهدان على الرجل بالسرقة أيسألها الحاكم عن السرقة ما هي وكيف هي في قول مالك
ومن أين أخذها وإلى أين أخرجها ؟ قال : لم أسمع مالكا يحذّر في هذا حداً .

أن يسأل الإمام الشهود عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها ويسأل الشهود عن زمانها لزيادة الاحتياط لأنه يلتبس الأمر على كثير من الناس وخاصة أن السرقة التي توجب القطع لها شروط دقيقة يلزم توافرها . كذا ينبغي أن يسأل عن المسروق منه هل هو أجنبي أو قريب أو زوج . لأنه يحتمل كل ذلك فلا بد من توضيح الأمر لإزالة الشبهة .

فإذا أوجب القطع بشهادتهما لم يسقط الحد بغيبتهما ولا موتهما (١)، (٢).

وقال الحاكم في كتاب السرقة إذا كان المسروق منه حاضراً أو الشاهدان غائبين لم يقطع حتى يحضرا (٣).

فإذا شهدا بسرقة مال غائب فإن كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق وإلا فلا . وقال البعض يحبس ولا يقطع حتى يحضر الغائب (٤).

(١، ٢) انظر ص ٢١٣ ، ٢١٤ حاشية الشلبى على الزيلعى .

قال الاتقانى : أما السؤال عن الكيفية بأن يقال كيف سرق فلاحتمال أنه نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافاً لما روى عن أبي يوسف فى الأمانى وكذا إذا ناول صاحباً له على الباب لا يقطع .

وأما السؤال عن الماهية بأن يقال ما هى فلاحتمال أن المسروق شيء تافه أو يتسارع إليه الفساد أو مال ذى ربح محرم منه أو مال فيه شركة للسارق .

وأما السؤال عن المكان فلاحتمال أنه سرق فى دار الحرب أو سرق من غير حرز أو من بيت أذن له بالدخول فيه .

أما لو كان ثبوت السرقة بالإقرار لا يسأل القاضى المقر عن الزمان لأن التقادم لا يبطل الإقرار ولا عن المكان لكن يسأله عن باقى الشروط من الحرز وغيره .

انظر ص ٦٦ من المدونة جزء ١٦ .

قلت : « أرأيت إن سرق رجل فرفعه رجل أجنبى من الناس إلى السلطان والمسروق متاعه غائب أيقطعه السلطان فى قول مالك أم ينتظر رب المتاع حتى يقدم ؟ قال : إذا شهد الشهود أنه سرقة قطعت يده عند مالك » .

انظر ص ٦٧ المدونة جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٧٩ جزء ٢ من لا خسر .

(٤) انظر ص ٢٨٦ من الشرح الكبير للمغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٨٣ من المدونة جزء ١٦ .

فإذا اختلف الشاهدان في الوقت أو المكان أو المسروق فشهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه سرق من هذا البيت وشهد الآخر أنه سرق من هذا البيت ، أو قال أحدهما سرق ثوراً وقال الآخر سرق بقرة ، أو قال سرق ثوراً وقال الآخر سرق حمراً — لم يقطع في قولهم . وقال بذلك أحمد بن حنبل والشافعي وأبو ثور والحنفية ومالك^(١).

= قلت : « رأيت إن شهدا على رجل بالسرقة ثم رجعا عن شهادتهما قبل أن يقضى القاضي بشهادتهما . قال : ذلك لهما عند مالك . قلت : وكذلك كل من شهد شهادة فرجع عنها قبل أن يقضى بها فله ذلك في قول مالك ؟ ولا يكون عليه شيء في قول مالك ؟ قال نعم » .

(١) انظر ص ٨١ من المدونة .

وانظر ص ٢٩١ المغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٣٤١ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

أخبرونا عن شهد عليه شاهدان بأنه سرق بقرة حمراء وقال الآخر بيضاء . أهذه الشهادة على سرقة واحدة أو على سرقتين مختلفتين ؟

فإن قالوا على سرقة واحدة كابروا العيان لأنه لا يشك ذو حس سليم أن سرقة بقرة صفراء ليس هي سرقة بقرة سوداء ، وإنما هي سرقة أخرى .

وإن قالوا بل هي سرقتان مختلفتان . قيل لهم : فأى فرق بين هذا وبين سرقة ثور أو بقرة أو باختلاف الشهادة في المكان وهذا ما لا سبيل لهم منه إلا التخلص أصلاً لا بنص القرآن ولا سنة صحيحة ولا إجماع . ولا قول صاحب ، ولا قياس ولا رأى سديد فسقط بيقين قول من فرق بين الأحكام التي ذكرنا ولم يبق إلا قول من ساوى بينهما فراجع الاختلاف في كل ذلك ، أو لم يراع الاختلاف في شيء من ذلك .

قال : فوجدنا من راعى الاختلاف في كل ذلك يقول : إذا اختلف الشاهدان في صفة المسروق أو في زمانه أو في مكانه فإنما حصل من قولهم فعان متغيران فإن كان ذلك فإنما حصل على فعل شاهد واحد ولا يجوز القطع بشاهد واحد . فهذه حججهم ما لم حجة غيرها فنظرنا فيها فوجدناها لا تصح لأن الذي ينبغي أن يضبط في الشهادة ويطلب به الشاهد إنما هو ما لا تتم الشهادة إلا به والذي إن نقص لم تكن شهادة فهذا هو الذي إن اختلف الشاهد فيه بطلت الشهادة لأنها لم تتم ، وأما ما لا معنى لذكره في الشهادة ولا يحتاج إليه فيها . وتم الشهادة مع السكوت عنه فلا ينبغي أن يلتفت إليه هو ذكر اللون والمكان . وحسب الشهداء أن يقولوا سرق رأساً من البقر مخفياً بأخذه ولا عليهما أن يقولوا : أقرن . أو أعضب أو أبتز أو وافي الذنب أبيض أو أسود . وهذا هو الموجب للحد . ولم يقل الله تعالى ولا رسوله لا تقبلوا الشهادة حتى يشهدوا على سرقة واحدة لشيء واحد في وقت واحد في مكان واحد .

وإذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى أو اليسرى
عمداً فعليه القصاص (١).

الحرابة

يعبر الفقهاء عنها بالسرقه الكبرى تمييزاً لها عن السرقه العاديه التي وضعنا
أحكامها (٢):

قال تعالى :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن
يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من
الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا
من قبل أن تقدرُوا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » (٣).
ونتكلم في هذا المبحث في أمور :

١ - مناسبة نزول النص .

٢ - من هم المحاربون ، وما هي جريمة الحرابة .

٣ - شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة .

٤ - الإثبات في الحرابة .

٥ - العقوبة في الحرابة وسقوطها .

(١) انظر ص ٢٢٦ جزء ٣ حاشية الشلبي على الزيلعي .

(٢) سميت سرقه لمسارقة عين الإمام أو من يقوم مقامه وسميت كبرى لأن ضرر قطع
الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين أشد وأكبر بانقطاع الطريق ولهذا غلظ الحد
فيها بخلاف الصغرى .

(٣) يحاربون الله ورسوله أى يحاربون أولياء الله . قال الكمال : أى يحاربون عباد الله
وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الذى .

ثم قوله تعالى يحاربون الله ورسوله ؛ محاربتة لرسوله إما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار
أن الرسول صلى الله عليه وسلم هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه وإذا قطع
الطريق التى تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه . انظر ص ٨٥ مثلاً خسرو جزء ٢ .

أولاً - مناسبة نزول النص :

اختلف الفقهاء في سبب نزول آية الحرابة إلى أقوال خمسة وضحها ابن العربي في كتابه أحكام القرآن .

١ - نزلت في أهل الكتاب الذين نقضوا العهد وأخافوا السبيل وأفسدوا في الأرض فخير الله الرسول فيهم . وبذلك قال ابن عباس ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي^(١) . قال ابن المنذر : قول مالك هو الصحيح .

٢ - نزلت في المشركين^(٢) . فمن أخذ منهم قبل أن يقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد الذي أصابه . ومن قال إن الآية نزلت في المشركين مكرمة والحسن وهذا ضعيف يردده قوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » وقوله عليه السلام : « الإسلام يهدم ما قبله » .

٣ - نزلت في عكل وعرينة . عن أنس رضي الله عنه قال : قدم على النبي صلى الله عليه وسلم نفر^(٣) من عكل فأسلموا فاجتووا المدينة فأمرهم

(١) انظر ص ٣٠٢ جزء ١٠ المغني .

(٢) انظر القرطبي جزء ٦ ص ١٤٨ ، وانظر ص ١٣٤ جزء ٩ المبسوط . وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويم الأسلمي فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان في الشرك . فقوله وادع يحتتمل المؤقتة وهو الأمان ويحتتمل المؤبدة وهي الزمة أجرى أبو يوسف رحمه الله تعالى الكلمة على ظاهرها - وقال يقام حد قطاع الطريق على المستأمنين وأهل الزمة .

(٣) النفر هنا سبعة وعكل قبيلة من العرب وفي رواية من عرينة وفي أخرى من عكل وعرينة وهو الصواب لرواية الطبراني : كانوا أربعة من عرينة وثلاثة من عكل ، فهؤلاء السبعة جاءوا النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة فأسلموا وأقاموا بها فاجتووا المدينة أي كرهوا الإقامة لما أصابهم من الجوى وهو داء في الجوف إذا تظاول قتل صاحبه فأمرهم النبي بالخروج إلى البادية مع إبل الصدقة فيشربون من آبائها وأبوالها ففعلوا فعادت صحتهم فارتدوا عن الإسلام وقتلوا راعي النبي واسمه يسار النوف وسرقوا إبل الصدقة وذهبوا بها فبعث النبي وراءهم عشرين فارساً =

أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها ففعلوا فصحوا فارتدوا
فقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل فبعث في آثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم
وسمل أعينهم ثم لم يحسمهم حتى ماتوا . زاد في رواية : ثم ألقوا في الحرة
يستسقون فما سقوا حتى ماتوا . رواه الخمسة إلا الترمذى .

وقد زاد في رواية « قال قتادة : فحدثني ابن سيرين : أن ذلك قبل
أن تنزل الحدود » (١) .

وهذا هو الذى عليه الجمهور .

٤ - إن الآية نزلت معاتبة للنبي صلى الله عليه وسلم في شأن العرنيين وقال
بذلك الليث . عن أبي داود والنسائي عن أبي الزناد عبد الله بن زكوان أن
رسول الله لما قطع الذين سرقوا لقاحه وسمل أعينهم بالنار عاتبه الله تعالى
في ذلك وأنزل الآية .

٥ - قال قتادة : إن الآية نزلت لنسخ ما فعل الرسول في العرنيين :

ثانياً - ما هى جريمة الحراية ومن هم المحاربون ؟

الحراية هى إشهار السلاح وقطع السبيل على الناس .

وقد اختلف الفقهاء إلى آراء فى مدى انطباق هذه الجريمة .

فقال مالك : إن الحراية هى إشهار السلاح وقطع السبيل خارج السكن
أو داخله (٢) . كما قال إن الحراية تكون خارج السكن ، ولكن إذا ضعف

= وأمرهم كرز فأدركوهم فجاءوا بهم فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع أيديهم وأرجلهم من
خلاف لحد السرقة وكذا أمر بسمل أعينهم أى فقها وإلقائهم فى الحرة ولم يحسموا جروحهم ولم
يسقوهم حتى ماتوا لأنهم قتلوا وسرقوا وكفروا بعد إيمانهم وفيهم نزلت « إنما جزاء الذين
يحاربون الله ورسوله » الآية . وعلى هذا الجمهور . انظر ص ١٧ ، ١٨ من التاج الجامع
للأصول وانظر ص ٢٤٦ ابن العربى جزء ١ .

(١) انظر ص ٢٥٦ الجامع للأصول من أحاديث الرسول لابن الأثير جزء ٤ . وانظر

ص ١٤٨ و ص ١٤٩ جزء ٦ القرطبى .

(٢) انظر ص ٧٥ من المدونة جزء ١٦ ، وانظر ص ٩٣ جزء ٢ الجصاص .

السلطان ووجدت شوكة اللصوص ومغالبتهم تكون داخل السكن .

وقال أبو حنيفة لا تكون الحراية في داخل السكن أبداً^(١).

وروى عن أبي يوسف : أنه في اللصوص الذين يكبسون الناس ليلاً في بيوتهم في الحضر أنهم بمنزلة قطاع الطريق يجرى عليهم أحكامهم^(٢).
أما الإمام أحمد فقد توقف وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث^(٣) ، وقد قال في ذلك ابن تيمية :

« هم قطاع الطرق الذين يعتصمون الناس بالسلاح في الطرقات ونحوها .
ليغصبوهم المال ، بجاهرة ، من الأعراب والتركمان والفلاحين وفسقة الجند
أو مرده^(٤) الحاضرة أو غيرهم » .

ولو شهروا السلاح في البنيان لا في الصحراء لأخذ المال ، فقد قيل إنهم
ليسوا محاربين ، بل هم بمنزلة المختلس والمنتهب ، لأن المطلوب يدركه
الغوث ، إذا استغاث بالناس . وقال أكثرهم إن حكمهم في البنيان والصحراء
واحد .

وهذا قول مالك في المشهور عنه والشافعي وأكثر أصحاب أحمد وبعض
أصحاب أبي حنيفة ، بل هم في البنيان أحق بالعقوبة منهم في الصحراء ؛
لأن البنيان محل الأمن والطمأنينة ، ولأنه محل تناصر الناس وتعاونهم .
فإقدامهم عليه يقتضى شدة المحاربة والمغالبة ولأنهم يسلبون الرجل في داره

(١) انظر ص ٢٤٠ جزء ٣ الزيلعي . قال بعض المتأخرين جواب أبي حنيفة رحمه الله
بما شاهده في زمنه فإن الناس في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن
القاصد من قطع الطريق إلا نادراً ولا ينبئ الحكم على النادر وأما في زماننا فقد تركوا هذه العادة
فيتحقق قطع الطريق في الأمصار والقرى .

(٢) انظر ص ٥٠٢ جزء ٢ الجصاص .

(٣) انظر ص ٢٧٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٤) المردة هم الذين بلغوا الغاية من العتو ومجازاة الحد في الشر والمحارب كما يكون
ذكر أ قد يكون أنثى أيضاً . انظر ص ٨٥ جزء ٢ الشر نبلاية على مثلاً خسرو .

جميع ماله ، والمسافر لا يكون معه غالباً إلا بعض ماله . وهذا هو الصواب
لا سيما هؤلاء المحترفون الذين تسميهم العامة في الشام ومصر (المنس) وكانوا
يسمون ببغداد (العيارين) . ولو حاربوا بالعصى والحجارة المقدوفة بالأيدي ،
أو المقاليع ونحوها ، فهم محاربون أيضاً» (١)، (٢).

(١) انظر ص ٨٨ ، ٨٩ من السياسة الشرعية لابن تيمية .

(٢) انظر ص ١٩٤ من الذخيرة للقرافي جزء ٨ من المجلد المخطوط .

« وفي الجواهر المحارب هو المشهر بالسلاح لقصد السلب كان في مصر أو فيفاء له وشوكة
أم لا ذكراً أو أنثى ولا تتعين آلة مخصوصة حبل أو حجر أو خنق داليد أو بالفم وغير ذلك وهو
محارب وإن لم يقتل وكل من قطع الطريق وأخاف السبيل فهو محارب أو حمل السلاح بغير
عداوة ولا نائرة وكذلك قتل الغيلة بأن يخدع رجلاً أو مثنى حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه
وإن دخل داراً بالليل فأخذ مالا مكابرة ومنع الاستغاثة فهو محارب والخنق لأخذ المال محارب
وكل من قتل أحداً على ما معه فهو محارب فعل ذلك بحر أو بعد أو بمسلم أو ذمي وفي الكتاب إذا
قطع أهل الذمة الطريق إلى مدينتهم التي خرجوا منها فهم محاربون ومن دخل عليك دارك ليأخذ
مالك فهو محارب » .

وانظر ص ٣١٤ الخطاب جزء ٦ .

وانظر ص ٢٣٥ الزيلعي جزء ٣ .

« الحراية تكون من قوم تكون لهم قوة وشوكة تنقطع بهم الطريق وأن لا يكون في مصر
ولا فيما بين القرى ولا بين مصريين وأن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لأن قطع الطريق إنما
يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لأنهم يلحقهم الفوت من جهة
الإمام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق ، وعن أبي يوسف أنهم لو كانوا
في المصر ليلاً أو فيما بينه وبين المصر أقل من مسيرة سفر تجرى عليهم أحكام قطع الطرق وعليه
الفتوى لمصلحة الناس وهي رفع شر المتغلبة المتلصصة » .

وانظر ص ٣٠٨ المحلى لابن حزم جزء ١١ « فوجب بما ذكرنا أن المحارب هو المكابر
أخيف لأهل الطريق المفسد في سبيل الأرض سواء بسلاح ، أو بلا سلاح أصلاً سواء ليلاً أو نهاراً
في مصر أم في فلاة . أو في قصر الخليفة . أو الجامع سواء فعل ذلك بجند أو غيره منقطعين في
الصحراء أو أهل قرية سكاناً في دورهم أو أهل حصن كذلك . أو أهل مدينة عظيمة أو غير
عظيمة . كذلك واحداً كان أو أكثر كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس . أو أخذ
مال . أو جراحة . أو لانتهاك فرج فهو محارب عليه وعليهم . كثروا أو قلوا » .

وانظر ص ٣٠٤ جزء ١٠ المتنى .

وفي قول لمالك في المدونة : إن الذين يسقون الناس السيكران محاربون
إذا سقوهم ليسكروا فيأخذوا أموالهم ويقتلون^(١).

ثالثاً - شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة :

- (أ) شروط ترجع للمتهم .
- (ب) شروط ترجع للمجنى عليه .
- (ج) شروط تتعلق بالفعل .

شروط ترجع للمتهم :

يشترط الفقهاء في المتهم أن يكون بالغاً عاقلاً . وفي رأى بعض الفقهاء
أن يكون ذكراً باعتبار أن المحاربة والمغالبة لا تتحقق من النساء عادة لركة
قلوبهن وضعف بنيتهن بخلاف السرقة لأنها أخذ للمال على وجه الاستخفاء
ومسارقة العين والأنوثة لا تمنع من ذلك .

وفي رأى البعض الآخر أن المحارب كما يكون ذكراً قد يكون أنثى كسائر
الحدود . فالحد إن كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه الذكورة أو الأنوثة
كسائر الحدود فلا يشترط في وجوبها الذكورة^(٢).

كما لا يلزم أن يكون المتهم حراً فالعقوبة تلحقه حراً كان أم عبداً^(٣).

شروط ترجع للمجنى عليه :

١ - أن يكون مسلماً أو ذمياً فعقد الذمة أفاده بعصمة ماله ، أما إن كان
حربياً مستأمناً فيرى البعض أن ماله ليس معصوماً فلا حد على قاطعه .

(١) انظر ص ١٠٤ جزء ٦ السنة الكبرى .

(٢) انظر ص ٩١ البدائع جزء ٢٧ ص ٢٧٣ فتح القدير جزء ٤ ، انظر ص ٣٠٩ من

للفن الشرح الكبير . وانظر ص ١٠٢ من المدونة .

(٣) انظر ص ١٩٧ جزء ٩ المبسوط : فإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيه كالحكم

في الرجال الأحرار .

٢- أن تكون يده صحيحة على المال فيكون هو المالك أو وكيله أو أمينه فإن كان سارقاً فيرى البعض أن لا حد على قاطعه .

٣- أن لا تكون بينه وبين المتهم صلة رحم - في رأى البعض - أسوة بجريمة السرقة^(١).

شروط ترجع للفعل :

أولاً : يجب لكي يطبق حد قطع الطريق أن تتوافر أركان جريمة السرقة من ناحية أن يكون مالا متقوماً ، معصوماً ، ليس للقاطع فيه حق الأخذ ، لا ملك له فيه ولا شبهة الملك ، محرراً بحافظ ، نصاباً كاملاً قدره الحسن بن زياد بعشرين درهماً ، وحجته أن يقطع طرف واحد في السرقة بعشرة دراهم وفي جريمة الحراقة يقطع طرفين فيلزم تضاعف النصاب^(٢) ، وقد رأى بعض الفقهاء :

١- أن الحراقة هي قطع الطريق للاستيلاء على المال أو للقتل أو للزنى قال ابن العربي :

« لقد كنت أيام تولية القضاء قد رفع إلى قوم خرجوا محاربين إلى رفقة فأخذوا منهم امرأة مغالبة على نفسها من زوجها ومن جملة المسلمين معه فيها فاختلوا بها ثم جدد فيهم الطلب فأخذوا وجرىء فسألت من كان ابتلائي الله به من المفتين فقالوا ليسوا محاربين لأن الحراقة إنما تكون في الأموال لا في الفروج فقلت لهم إنا لله وإنا إليه راجعون ، ألم تعلموا أن الحراقة في الفروج أفحش منها في الأموال وأن الناس كلهم ليرضون أن تذهب أموالهم وتحرب من بين أيديهم ولا يحرب المرء من زوجته وبنته ؟ ولو كان فوق

(١) انظر ص ٢٣٩ جزء ٣ للزيلعي .

(٢) انظر ص ١٥٣ جزء ٦ للقرطبي : قال ابن خويز منداد : ولا يراعى في المال الذي يأخذه المحارب نصاباً كما يراعى في السارق .

ما قاله الله عقوبة لكانت لمن يسلب الفروج ، وحسبكم من بلاء صعبة الجاهل وخصوصاً في الفتيا والقضاء^(١) .

٢ - قال بعض الفقهاء إن حد الحرابة يطبق ولو لم يأخذ المحارب النصاب المحدد للقطع في السرقة^(٢) .

قال ابن العربي رداً على الشافعي إذ اشترط النصاب لوجوب الحد .
« قلنا أنصف من نفسك أبا عبدالله ووف شيخك حقه لله . . . »

إن ربنا تبارك وتعالى قال « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فاقترضى هذا قطعه في حقه . وقال في المحاربة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » ، فاقترضى بذلك توفية الجزاء لهم على المحاربة عن حقه ، فبين النبي صلى الله عليه وسلم في السارق أن قطعه في نصاب وهو ربع دينار وبقيت المحاربة على عمومها . فإن أردت أن ترد المحاربة إليها كنت ملحقاً الأعلى بالأدنى وخافضاً الأرفع إلى الأسفل وذلك عكس القياس - وكيف يصح أن يقاس المحارب وهو يطلب النفس إن وقى المال بها على السارق وهو يطلب خطف المال فإن شعر به فر - حتى أن السارق إذا دخل بالسلح يطلب المال فإن منع منه أو صمخ عليه حارب عليه فهو محارب يحكم عليه بحكم المحارب^(٣) .

٣ - ورد في المذهب للشيرازي .

« إن أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة أو أخذه من جبال

(١) انظر ص ٢٤٧ من أحكام القرآن - ابن العربي جزء ٢ .

(٢) قال بهذا الرأي الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر والحنابلة . وورد في الجصاص جزء ٢ : « واعتبر أصحابنا في إيجاب قطع المحارب مقدار المال المأخوذ بأن يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم واعتبر الشافعي ربع دينار كما اعتبره في قطع السارق ولم يعتبره مالك لأنه يرى إجراء الحكم عليهم بالخروج قبل أخذ المال » .

(٣) انظر ص ١٠٠ من المدونة (جزء ١٦) وهو رأي مالك .

وانظر ص ٢٤٩ من أحكام القرآن لابن العربي جزء ١ .

وانظر الرأي المخالف في الزيلعي جزء ٣ ص ٢٣٨ .

مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع، لأنه قطع يتعاق بأخذ المال فشرط فيه
الحرز كقطع السرقة بخلاف الإمام مالك لا يعتبر الحرز في الخرابة» (١).

ثانياً : أن ترتكب الجريمة خارج المدن العامرة .
فإن كانت في المدينة لا يحد في رأى أبي حنيفة وآخرين .
وفي رأى مالك والشافعي والأوزاعي يجب الحد .
وحجة الرأى الأول أن الغوث يلحق المستغيث من قاطع الطريق
فلا داعي لحمايته (٢).

(١) انظر ص ٢٧٤ فتح القدير جزء ٤ .
« وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض فلا يجب الحد لأن الحرز واحد وهو القافلة
فصار كسارق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد » .
وانظر ص ٣١٣ جزء ١٠ من المغنى لابن قدامة .

« وأما الحرز فهو يعتبر فإنهم لو أخذوا مالا مضيعاً لا حافظ له لم يجب القطع وإن أخذوا
ما يبلغ نصاباً ولا تبلغ حصاة كل واحد منهم نصاباً قطعوا على قياس قولنا في السرقة وقياس قول
الشافعي وأصحاب الرأى أنه لا يجب القطع حتى تبلغ حصاة كل واحد منهم نصاباً » .
(٢) انظر ص ٢٤٧ ابن العربي في أحكام القرآن جزء ١ :

« وأما قول من قال أنه سواء في المصر والبيداء فإنه أخذ بمطلق القرآن . وأما من فرق فإنه
رأى أن الخرابة في البيداء أفحش منها في المصر لعدم الغوث في البيداء وإمكانه في المصر والذي
نختاره أن الخرابة عامة في المصر والقفر وإن كان بعضها أفحش من بعض ولكن اسم الخرابة
يتناولها . ومعنى الخرابة موجود فيها ولو خرج بعضاً من في المصر يقتل بالسيف ويؤخذ فيه
بأشد من ذلك لا يأيسره فإنه سلب غيلة وفعل الغيلة أفحش من فعل المجاهرة - ولذلك دخل العفو
في قتل المجاهرة فكان قصاصاً ولم يدخل في قتل الغيلة وكان خرابة فتحذر أن قطع السبيل موجب
للقتل في أصبح أقوالنا خلافاً للشافعي وغيره » .

وانظر ص ٩٢ البدائع جزء ٧ وص ٣٨٠ بداية المجتهد جزء ٢ :

وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب داخل المصر
أو خارجه وتوقف أحد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا ينحقه الغوث وعن أبي يوسف
في رواية أخرى إن قصده بالسلاح نهراً في المصر فهو قاطع وإن كان بغيره من الخشب ونحوه
فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعاً بالخشب والحجر لأن السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل
الغوث والغوث يبطل بالليل فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على رأى أبي يوسف . =

ثالثاً : أن ترتكب الجريمة تامة فلا يعاقب بالحد في الشروع فيها .

فإذا أمسك المحارب قبل أخذ شيء من المارة وقبل قتل واحد منهم أو أكثر حبس بعد التعزير لمباشرته منكرراً ، حتى يتوب لا بمجرد القول بل بأن يظهر فيه سبأ الصلحاء^(١).

ويجب أن نفرق في هذا الصدد بين الشروع في هذه الجريمة وبين الجريمة التامة فإذا أخذ قاصد قطع الطريق قبل أن يقطع حبس حتى يتوب وتكون الجريمة هنا شروع في الحراة ولكن لا يعاقب عليها بحد الحراة . أما إذا أخاف المحاربون السبيل ولم يأخذوا مالا فإنهم يكونون قد ارتكبوا الجريمة التامة وتكون عقوبتهم النفي^(٢).

= وانظر ص ٣٠٣ من المفتي جزء ١٠ لابن قدامة :

والمحاربون الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التي تذكرها بعد تعتبر لهم شروط ثلاثة :

١ - أحدها أن يكون ذلك في الصحراء ، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم وظاهر كلام الخرق أنهم غير محاربين . وذكر القاضي أن هذا إن كان في المصر مثل أن كبسوا داراً فكان أهل الدار بحيث لو صاحبوا أدرتهم الفوث فليس هؤلاء بقطاع طريق لأنهم في موضع يلحقهم الفوث عادة ، وإن حصروا قرية أو بلدأ ففتحوه وغلّبوا على أهله أو محلة منفردة بحيث لا يدرّكهم الفوث فهم محاربون لأنهم لا يلحقهم الفوث فأشبهوا قطاع الطريق في الصحراء .

٢ - الثاني : أن يكون معهم سلاح فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين لأنهم لا يبنون من يتصدّم ولا نعلم في هذا خلافاً . فإن عرضوا بالمصى والحجارة فهم محاربون وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين لأنه لا سلاح معهم - ولنا أن ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف فأشبه الحديد .

الثالث : أن يأتوا بمجاهرة ويأخذوا المال قهراً ، فأما إن أخذوه مختفين فهم سراق وإن اختطفوه وهربوا فهم متنبون لا قطع عليهم .

وانظر ابن حزم جزء ١١ في المحلى ص ٣٠٧ .

« وأما قول من قال : لا تكون المحاربة إلا في الصحراء ، أو من قال لا تكون المحاربة في المدن إلا ليلاً فقولان فاسدان ، ودعويان ساقطتان . بلا برهان لا من قرآن . ولا من سنة . صحيحة ولا سقيمة ولا من إجماع ولا من قول صاحب ولا من قياس . . . » .

(١) انظر ص ٨٥ جزء ٢ من خلاص .

(٢) انظر ص ٢٣٥ جزء ٣ الزيلعي . ورد في فتح القدير ص ٢٨٨ و٢٦٩ جزء ٤ وإذا خرج

جماعة ممنعين بقوتهم عن نقيض مقاتليهم أو واحد له ثقة بقوته وبجبرته .

رابعاً : الإثبات في الحراية :

كما في السرقة تثبت بالإقرار وبالشهادة بنفس الشروط .
فإن أقر الفرد على نفسه بأن قتل غيلة ثم رجع فإنه يقبل رجوعه .
قال بذلك مالك^(١) .

ويقبل مالك شهادة المجني عليهم على الذين سلبوهم ولو بشهادة السماع .
وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم
ولا لرفقاتهم مالا أخذوه^(٢) .

وقد جاء في المغني لابن قدامة :

« إذا شهد عدلان على رجل أنه قطع عليهما الطريق وعلى فلان وأخذ
متاعهم ، لم تقبل شهادتهما لأنهما صارا خصمين له بقطعه عليهما ، وإن
قالا نشهد أن هذا قطع الطريق على فلان وأخذ متاعه قبلت شهادتهما
ولم يسألها الحاكم هل قطع عليكما معه أم لا لأنه لا يسألها ما لم يدعي عليه .
وإن عاد المشهود له فشهد عليه أنه قطع عليهما الطريق وأخذ متاعهما
لم تقبل شهادته لأنه صار عدواً له بقطعه الطريق عليه .

وإن شهد شاهدان أن هؤلاء عرضوا لنا في الطريق وقطعوها على
فلان قبلت شهادتهما لأنه لم يثبت كونهما خصمين بما ذكره^(٣) .
ورأى مالك هو الأقرب لاستتباب الأمن وللمعقول .

خامساً : العقوبة وسقوطها :

فصلنا هذا الموضوع في بحث سابق ولا نريد أن نعيده هنا حتى

= شوكته : يقصدون قطع الطريق أي أخذ المارة ، فإن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً ،
بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا محكمهم أن يقرروا ويحبسوا إلى أن تظهر
توبتهم في الحبس أو يموتوا ، ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال قضي .

(١) انظر ص ٣١٦ الخطاب جزء ١١ ، انظر ١٠٣ المدونة جزء ١٦ .

(٢) ولو شهد بعض الصوص على بعض لم تقبل - وكذا لو شهد بعض المأخوذين لبعض .

وانظر ص ٣٠٤ من المختصر النافع في فقه الإمامية للحلي طبعة وزارة الأوقاف .

(٣) انظر ص ٢١٠ الذخيرة للقرافي جزء ٨ ، ٣٢٤ من المغني جزء ١٠ .

لا يكون هناك تكرار ، وإنما نريد أن نوجز فنقول إن حال قاطع الطريق لا تخلو من أحوال أربعة :

١ - إذا قتل وأخذ المال فإنه يقتل ويصلب ، وقتله متحماً لا يدخله عفو .
وقد أجمع على هذا الجمهور ، قال به الحنابلة والشافعي والحنفية .
والزهري ، ولأنه حد من حدود الله فلا يسقط بالعفو .
إلا أن القائلين بهذا الرأي اختلفوا في الصلب على أوجه ثلاثة :

الوجه الاول :

قال الشافعي إنه يصلب بعد قتله .
وقال الأوزاعي ومالك والليث وأبو حنيفة وأبو يوسف يصلب حياً
ثم يقتل مصلوباً لأن الصلب عقوبة ، ويعاقب الحي لا الميت^(١) .
وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط لأنه أبلغ في
الردع^(٢) .

الوجه الثاني :

في مدة صلبه . فيرى بعض الفقهاء أن المقصود بالصلب إعلام الناس
به ، فمدته قدر ما يشتهر الأمر . قال بذلك بعض الحنابلة .
وقال الشافعي وأبو حنيفة يصلب ثلاثة أيام ويحلى بينه وبين أهله
ليدفنوه ، كذا قال الشيعة الإمامية^(٣) .

(١) ورد القولان في الحل ص ٣٠٤ طبعة وزارة الأوقاف .

(٢) انظر ص ٢٣٧ جزء ٣ الزيلعي .

(٣) انظر المرجع السابق والشيعة الإمامية الاثني عشرية تطلق على طائفة من الشيعة كانت
تعتقد أن النبي صلى الله عليه وسلم أوصى بالخلافة لعلي بالذات ، ويبالغون في النيل عن سبقه إليها
ويحصرون الحق فيها من بعده لولده من فاطمة وهم الحسن ثم الحسين ومن يعقبهما من الأبناء
إلى الثاني عشر .

الوجه الثالث :

في ضرورة الصلب :

أ - يرى البعض أنه واجب في حق من قتل وأخذ المال لا يسقط بالعفو
ب - وقال أصحاب الرأي إن شاء الإمام صلب وإن شاء لم يصلب .

٢ - إذا قتل ولم يأخذ المال فإنه يقتل ولا يصلب . وفي رأى أنه يقتل
ويصلب لأنه محارب .

والأوجه الرأى الأول حتى تتدرج العقوبات زيادة ونقصاناً بحسب
خطورة الجريمة (١) .

٣ - إذا أخذ المال ولم يقتل فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى .

= وكتاب المختصر النافع في فقه الإمامية ألفه الشيخ المحقق ابن القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن
الحلي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

وانظر ص ٣١٧ ، ٣١٩ من المحل لابن حزم جزء ١١ :

صح يقيناً أن الله تعالى لم يوجب قط عليهم حكيم من هذه الأحكام ولا أباح أن يجمع عليهم
خزيان من هذه الأجزاء في الدنيا وإنما أوجب على المحارب أحدها لا كلها . ولا اثنين منها ولا
ثلاثة فصح بهذا يقيناً لا شك فيه أنه إن قتل فقد حرم صلبه وقطعه ونفيه . وأنه إن قطع فقد حرم
صلبه وقطعه ونفيه وأنه إن نفى فقد حرم قتله وصلبه وقطعه . وأنه إن صلب فقد حرم قتله
وقطعه ونفيه فلا يجوز البتة غير هذا .

فلا يحل أن يجمع عليه أمران لأن الله تعالى إنما أمر بذلك بلفظ (أو) وهو يقتضى التخيير
ولا بد - ولو أراد الله تعالى جمع ذلك لقال : أن يقتلوا ويصلبوا وتقطع أيديهم وأرجلهم
من خلاف .

وانظر ص ٩٩ من المدونة جزء ١٦ .

قلت : ويصلبه قال : قال مالك لم أسمع أحداً صلب إلا عبد الملك بن مروان فإنه كان
صلب الذي كان يقال له الحارث (قال) قال مالك وذلك إلى الإمام يجتهد فيه . وكيف يصلبه في
قول مالك أحياً أم ميتاً (قال) لم أسمع من مالك إلا ما أخبرتك بما ذكر عن عبد الملك بن مروان
فإنه صلب الحارث وهو حي وطلعه بالحربة بيده (قال) وأنا أرى أن يصلب حياً ويطعن بعد
ذلك . وانظر ص ٥٠٠ أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ .

(١) وإن قتل ولم يأخذ المال حتم قتله ولم يجز لولى الدم العفو عنه . انظر المذهب

جزء ٢ ص ٢٨٤ .

٤ - إذا أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ مالا . فإنه ينفى ويشرد .
وفى النفي تفصيل أفاض فيه الفقهاء ذكرناه في بحث سابق فيحسن
الرجوع إليه^(١).

وقال مالك إذا قطع الطريق فرآه الإمام جلداً ذا رأى قتله ، وإن
كان جلداً لا رأى له قطعه ولم يعتبر فعله .
وقد قال صاحب المغنى فى ذلك :

لا يقتل إذا لم يقتل لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ
مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو
قتل بغير حق^(٢) .

وهو رأى الحنفية أورده الجصاص .

٥ - أن يتوب قبل القدرة عليه .

التوبة فى الحاربة :

إذا تاب المتهم فى جريمة قطع الطريق فلا يخلو الأمر من حالين :

الأول : أن يتوب قاطع الطريق بعد القدرة عليه . أى بعد معرفته
والقبض عليه فلا يسقط عنه . ويجب عليه الحد باعتبار ما فعل من جرمته
على حسب التفصيل السابق ذكره .

الثانى : أن يتوب قاطع الطريق قبل القدرة عليه . فقد نصت الآية :

« إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » .

ونبحث أمرين :

الأمر الأول : حقوق السلطة العامة فى جريمة قطع الطريق ، قال
مالك والشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور والحنابلة : إن الحد يسقط عنهم
لما ورد فى الآية الصريحة ، « فعلى هذا يسقط عنهم وجوب القتل والصلب
والقطع والنفى » .

(١) انظر ص ٨٨ ، ١١٣ من المقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

(٢) انظر ص ٣٠٦ جزء ١٠ من المنى ، وانظر ص ٤٩٧ الجصاص جزء ٢ .

الأمر الثاني : حقوق الأفراد الخاصة في جريمة قطع الطريق يجب عليهم هذه الحقوق . فيبقى عليهم القصاص في النفس والجراح وغرامة المال في السرقة والدية إذا سقط القصاص ، والأرش أو حكومة العدل بحسب الأحوال^(١).

وقال الليث بن سعد لا يطالب بهذه الحقوق^(٢).
كيفية التوبة :

تفرق الرأي في ذلك إلى أقوال ثلاثة :

١ - أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ، أو أن يلقي سلاحه ويأتى الإمام طائعا .

٢ - يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه وتظهر توبته لجيرانه .

٣ - يأتى الإمام . فإن لم يترك ما هو عليه لم يسقط عنه الحد^(٣).

هل إقامة الحد على قاطع الطريق كفارة لذنوبه ؟

قال الجصاص :

إقامة الحد على قاطع الطريق لا تكون كفارة لذنوبه لإخبار الله تعالى بوعيده في الآخرة بعد إقامة الحد عليهم قوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » استثناء لمن تاب منهم من قبل القدرة عليهم وإخراجه لهم من جملة من أوجب الله عليه الحد لأن الاستثناء إنما هو لإخراج بعض ما انتظمته الجملة منها كقوله تعالى : « إلا آل

(١) انظر ص ٣١٥ من المفتى لابن قدامة جزء ١٠ ، وانظر ص ٨٦ جزء ٢ مثلا خسرو ،

انظر ص ٥٠١ جزء ٢ الجصاص .

وانظر ص ٢٨٥ المذهب جزء ٢ ، انظر ص ٢٠٦ الذخيرة للقرافي جزء ٨ .

(٢) انظر ص ٢٤٩ جزء ١ أحكام القرآن لابن العربي .

(٣) انظر ص ٢٠٩ الذخيرة للقرافي جزء ٨ حيث وضع أقوال المذهب في ذلك .

وانظر ص ٣٨٢ بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته « فأخرج آل لوط من جملة المهلكين وأخرج المرأة بالاستثناء من جملة المنجين . وقوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » عقل بذلك سقوط عقوبات الدنيا والآخرة عنهم ، فإن قال قائل قد قال في السرية : « فن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم » ومع ذلك فليست توبة السارق مسقطاً للحد عنه . قيل له : لأنه لم يستثنهم من جملة من أوجب عليهم الحد ، وإنما أخبر أن الله غفور رحيم لمن تاب منهم . وفي آية المحاربين استثناء يوجب إخراجهم من الجملة (١) .

(١) انظر ص ٥١ جزء ٢ . أحكام القرآن .

الفصل الثاني

جريمة الزنا

في الفقه الحديث :

تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات المصري على :
« لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها، إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها » .

وتنص المادة ٢٧٤ :

والمرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ؛ لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت .

وتنص المادة ٢٧٥ :

« ويعاقب أيضاً الزاني بتلك المرأة بنفس العقوبة » .

وتنص المادة ٢٧٦ :

« الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخر مكتوبة منه، أو وجوده في منزل مسلم في الحبل المخصص للحريم » .

وتنص المادة ٢٧٧ :

« كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور » .

فالزنا يعاقب عليه في التشريع الوضعي على اعتبار أن فيه إخلالا بعقد الزواج . وقد كانت هذه المواد على قلتها مجالا لبحوث كثيرة في موضوع الزنا . وقد كتبت فيه أبواب كثيرة ورسالات عديدة . ولا يهمننا في هذا المؤلف أن نفيض في الكتابة عن الزنا في التشريع الوضعي . فالمرجع كثيرة كما أسلفنا . إنما يهمننا أن نبرز الفروق الواضحة بين هذه الجريمة في ذلك التشريع وفي الفقه الإسلامي لنرى الخلاف بين الفكرتين .

ويهمننا أن نوضح أن القانون المصري أسوة بالقانون الفرنسي فرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة من أربعة وجوه :

١- إن الجريمة لا تقوم بالنسبة إلى الزوج إلا إذا زنى في منزل الزوجية . أما الزوجة فيثبت زناها في أى مكان .

٢- أن الزوجة إذا زنت تعاقب بالحبس مدة أقصاها سنتان . أما الزوج فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

٣- أن للزوج أن يعفو عن زوجته بعد الحكم عليها . أما الزوجة فلم ينص على أن لها حق العفو عن زوجها بعد الحكم عليه نهائياً .

٤- أن الزوج يعذر إذا قتل زوجته حال تلبسها بالزنا ويخفف عقابه . أما الزوجة فلا عذر لها في مثل هذه الحالة .

ونبحث أمرين اعترضنا سبيل التشريع الوضعي :

١- إلغاء العقاب في جريمة الزنا وترك الأمر للقضاء المدني .

٢- حذف الفروق الموجودة بين جريمة زنا الزوج وزنا الزوجة .

أولاً - إلغاء العقوبة في جريمة الزنا وترك الأمر للقضاء المدني :

بحث هذا الأمر في هولندا عندما شكلت لجنة لتحرير قانون العقوبات الهولندي فاقترحت هذه اللجنة حذف الزنا من عداد الجرائم بحجة أن كل عقوبة توضع للزنا هي عقوبة ظالمة وغير زاجرة، لأنه إما أن تحصل المحاكمة

على الجريمة بدون أخذ رأى الزوج، وحينئذ يزداد خطر الفضيحة وأضرار المحاكمة الذى تحدته الجريمة بالمجتمع الإنسانى . وإما أن ينحول الزوج وحده حق رفع الشكوى ، وحينئذ يتوقف العقاب على مزاج الزوج ودرجة تأثيره^(١)، ومن ناحية أخرى إن عقوبة الزنا ليس لها أى أثر مانع، إذ لا تكفى العقوبة لإيقاف من لا توقفهم اعتبارات أسمى وأعظم شأنًا . وأخيراً فإن الحكم المدنى بالطلاق أو الفرقة هو التعويض الطبيعى الفعال عن الإخلال بعهد الزواج ، ومتى أمكن الحصول عليه فلا فائدة لغيره من الحلول . ومع ذلك لم تأخذ الحكومة الهولندية بهذه الأسباب ولم تحذف الجريمة من القانون . كما أن غالبية التشريعات الأجنبية تعاقب على هذه الجريمة، وذلك لأمرين :

١ - لحماية الزوج المحبى عليه الذى جرح فى عواطفه وشرفه .

٢ - لحماية نظام الأسرة الذى هو فى الواقع الصورة المصغرة للمجتمع الكبير .

ونظراً لأن الأمر الأول ترعاه الدولة أكثر من حقها نفسه فإنه فى معظم القوانين الوضعية تمتد سلطة الشخص المضرور إلى حد منع المحاكمة . وفى هذه القوانين ينحول الزوج حق إيقاف الدعوى العمومية فى أثناء سيرها وتحرير الزوجة من نتائج الحكم الصادر عليها^(٢).

ثانياً - حذف الفروق بين الزوج الزانى والزوجة الزانية .

إن المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة من حيث تكوين جريمة الزنا لا تتفق مع العقليات البشرية .

ويقرر الفقهاء الفرنسيون بأن الزوجة التى تخرق قوانين الحياة فإنها تسلم نفسها تسليماً تاماً لمن يستولى عليها . فمن جانبها ليست المسألة مسألة خطأ عارض عمر فلا يعتد به . إذ هى لا تقع فى وهدة السقوط إلا بعد أن تقطع

(١ ، ٢) انظر ص ٦٨ من الموسوعة جزء ٥ .

في الغالب نهائياً الصلات التي تربطها بعائلتها وعلى الخصوص بزوجها ،
فإذا ارتكبت فعل الزنا ولو مرة واحدة فإن هذا كاف لهدم الزواج
وانحلال العائلة . ويرون بناء على ذلك أنه بينما تتحقق جريمة الزنا من جانب
الزوجة بفعل واحد من أفعال الزنا ، لا يجب أن تتحقق هذه الجريمة من
جانب الزوج إلا إذا زنا غير مرة بامرأة أعدها لذلك^(١).

وفي الواقع زنا الزوجة يؤدي إلى نتائج أسوأ من زنا الزوج للأسباب
الآتية :

- ١ - لأنه يمكن أن يدخل في العائلة طفل غير شرعي .
- ٢ - لأنه في حالة الرأي العام الذي لا يستطيع الشارع أن يتجاهله يلحق
العار بالزوج ويجعله موضعاً للهزء والسخرية^(٢).

* * *

فالزنا في الفقه الغربي يقترن بالزواج سواء من ناحية الزوج أو الزوجة .
أما الاتصال الجنسي غير الشرعي بين الرجل والمرأة بالاختيار فلا عقاب
عليه إلا إذا كانت المرأة أقل من ١٨ سنة^(٣). ولا نريد أن نتوسع في الكتابة
في شرح نصوص القانون الوضعي . وإنما أوردناها لنقارن بين ما جاء بها
وما وجدناه في الفقه الإسلامي .

* * *

أما في الفقه الإسلامي فنجد أن الزنا عام شامل للعلاقة الجنسية غير
الشرعية سواء كان الزاني متزوجاً أو غير متزوج . فكل اتصال جنسي
كامل بين رجل وامرأة بشروط خاصة هو زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا .

(١) انظر ص ٦٩ من المرجع السابق .

(٢) انظر ص ٦٨ من المرجع السابق .

(٣) انظر المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات المصري .

تعريف الزنا :

تعدد التعاريف باعتبار الخلاف بين مختلف المذاهب في الفروع، ويحسن أن نختار تعريفاً انتقيناها من كل مذهب من أحد كتبه الهامة .

فالفقيه القرافي المالكي يعرف الزنا في كتاب الذخيرة بأنه :

« انتهك الفرج المحرم بالوطء المحرم في غير الملك ولا شبهته^(١) » .

والشيرازي الشافعي يعرفه :

« بأنه وطء رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد

ولا شبهة عقد ولا ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم^(٢) »

وصاحب بدائع الصنائع الحنفى يعرفه :

« الزنا هو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار

العدل ممن التزم أحكام الإسلام ، العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن

حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته^(٣) » .

ويعرفه ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغنى :

« من وطئ امرأة في قبلها حراماً لا شبهة له في وطئها إنه زان يجب الحد

(١) انظر ص ١١٤ جزء ٨ من الذخيرة ، انظر ص ٨٣ جزء ٢ من ابن العربى .

« الزنا هو الوطء المحرم شرعاً في غير ملك ولا شبهة الملك سواء كان في قبل أو دبر في ذكر

أو أنثى » ، انظر ص ٣٦٢ بداية المجتهد لابن رشد « الزنا هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح

ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين » .

(٢) انظر ص ٢٦٦ المذهب جزء ٢ للشيرازى . وقال الماوردى : الزنا هو تفتيح البالغ

العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر من لا عصمة بينهما ولا شبهة وجعل أبو حنيفة

الزنا مختصاً بالقبل دون الدبر .

(٣) انظر ص ٢٣ البدائع جزء ٧ ، انظر ص ٢٤٧ أبو يعلى وقد جاء في فتح القدير

جزء ٤ ص ١٣٩ .

« الزنا هو إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشبهة حالاً أو ماضياً بلا ملك وشبهة

أو تمكين من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقياً فقعدت على ذكره فتركها حتى

أدخلته فإنها يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين » .

إذا اكملت شروطه . والوطء في الدبر مثله في كونه زنا لأنه وطء في فرج امرأة لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فكان زنا^(١) .

وعرفه الحلبي وهو من الشيعة الإمامية بأنه «إيلاج الإنسان فرجه في فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة بغيبوبة الحشفة قبلاً أو دبراً^(٢)» .
وستنكلم في جريمة الزنا في الفقه الإسلامي في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أركان جريمة الزنا .

المبحث الثاني : أدلة الإثبات في الزنا .

المبحث الثالث : فروق جوهرية بين التشريعين .

المبحث الأول

أركان جريمة الزنا

لكل جريمة أركان لا تتوافر إلا بها ، وأركان جريمة الزنا هي :

١ - الفعل المادي « الوطء » .

٢ - شروط في الزاني أو الزانية .

٣ - القصد الجنائي .

الركن الأول - الفعل المادي :

الوطء :

من أهم الأركان التي تستوجب العقوبة في جريمة الزنا الوطء، والوطء الذي يوجب الحد هو إيلاج الحشفة وتغيبها في الفرج أو قدرها من مقطوعها .

(١) انظر ص ١٥١ المفتي جزء ١٠ .

« الزنا يجب بغيبوبة حشفة ذكر البالغ العاقل في أحد الفرجين قبل أو دبر من لا عصمة بينهما ولا شبهة » .

(٢) انظر ص ٢٩١ للحل طبعة الأوقاف .

والوطء يتناول الإيلاج المجرد عن الإنزال فإنه ليس بشرط هنا . ولا يشترط أن يكون الوطء بإيلاجه فإنه لو كان مستلقياً فأدخلت ذكره في فرجها^(١) لزمهما الحد .

جاء في الزيلعي :

« يجب أن يسأل الإمام الشهود عن نفس الزنا وماهيته . وهو إدخال الفرج في الفرج لأنه يحتمل أنهم عنوا به غير الفعل في الفرج . فإن بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة . حكم بالحد^(٢) » .

وجاء في المهذب :

« والوطء الذي يجب به الحد أن يغيب الحشفة في الفرج فإن أحكام الوطء تتعلق بذلك ولا تتعلق بما دونه، وما يجب بالوطء في الفرج من الحد يجب بالوطء في الدبر لأنه فرج مقصود، فتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل، ولأنه إذا وجب بالوطء في القبل وهو ما يستباح أولى^(٣) » .

أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « جاء الأسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه ، فأقبل في الخامسة فقال : أنكحتها ؟ قال نعم : قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟ قال : نعم قال : كما يغيب المرود في المكحلة ، وكما يغيب الرشاء في البئر ؟ قال نعم : قال فهل تدري ما الزنا ، قال نعم . أثبت منها حراماً مثل ما يأتى الرجل من

(١) انظر ص ٦١ الدرر الحكام ، ص ٢٧٨ جزء ٤ الشرح الكبير للدردير « الوطء تغييب الحشفة أو قدرها ولو بحائل خفيف لا يمنع اللذة - أو بغير انتشار » .

ولإيلاج بعض الحشفة غير موجب للحد لأنه ليس وطئاً ولذا لم يوجب الغسل ولم يفسد الحج كما في الجوهرة . انظر ص ٢١٧ جزء ٣ ابن عابدين .

(٢) انظر ص ١٦٥ الزيلعي جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٢٦٧ المهذب جزء ٢ .

امراته حلالا . قال فما تريد بهذا القول ؟ قال أريد أن تطهرنى . فأمر به فرجم^(١) .

هذا القول جميعه ينطبق على الرجل لأنه هو المباشر للزنا وهو المولى
فما حكم المرأة فى ذلك الأمر ؟

جاء فى كتاب أحكام القرآن لابن العربى :

« قوله تعالى : الزانية والزانى . فذكر الذكر والأنثى فيه والزانى كان يكفى عنه ، قلنا هذا تأكيد للبيان . كما قال والسارق والسارقة ، ويحتمل أن يكون ذكر فى الزنا لثلاثا يظن ظان أن الرجل لما كان هو الواطئ والمرأة محل ، ذكرهما رفعا لهذا الإشكال الذى أوقع جماعة من العلماء حتى قالوا لا كفارة على المرأة فى الوطء فى رمضان ، لأنه قال : جمعت أهلى فى رمضان . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « كَفَّرَ » والمرأة ليست بمجمعة ولا واطئة فالمرأة تتصف بالوطء فكيف بالجماع الذى هو مفاعله ، هذا ما لا يخفى على لبيب^(٢) .

وعند أبى حنيفة لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية فى غير قبلها .

وقال بعكس ذلك أبو يوسف ومحمد والشافعى فهو كالزنا عندهم وتفصيل ذلك :

ولو باشر الرجل المرأة فاستمتع بها فيما دون الفرج فلا حد عليه ، لما روى أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني لقيت امرأة فأصبت منها كل شيء إلا الجماع ، فأنزل إليه تعالى « أقم الصلاة ... » الآية ، فقال الرجل إلى هذه الآية ؟ قال « لمن عمل بها من أمتى » رواه النسائي - ولو وجد رجل وامرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم

(١) انظر ص ١١٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٨٤ لابن العربى جزء ٢ وانظر تفصيل الموضوع فى ص ١٣٩ فتح

القدير جزء ٤ .

هل وطئها أو لا فلا حد عليهما، فإن قالوا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالقول قولها ، وبه قال حماد والشافعي وأصحاب الرأي ، وإن شهد عليهما بالزنا فقالا نحن زوجان فعليهما الحد إن لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور وابن المنذر، لأن الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولها ويحتمل أن يسقط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعياه يحتمل فيكون ذلك شبهة كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه^(١).

اللواط :

قال تعالى : « ولو طأ إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد العالمين » .

وقال الرسول « لعن الله من عمل عمل قوم لوط » .

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجب فيه حد الزنا لأنه ليس بمحل الوطء في شبه غير الفرج . وفيه التعزير ويسجن حتى يموت أو يتوب . ولو اعتاد اللواط قتله الإمام سياسة لا حداً .

وقول مشهور للشافعي ورواية عن أحمد وابن عباس والزهري وربيعه ومالك والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور — أن فيه الحد^(٢).

وفي حد اللواط قولان :

١ — قول، إنه يجب فيه ما يجب في الزنا، فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب، وإن كان محصناً وجب عليه الرجم، لما روى أبو موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا .

(١) انظر ص ١٦٢ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر ص ٦٦ حاشية الثربلاية جزء ٢ (قوله أو أتى في دبر : شامل دبر زوجته) .

٢ - والقول الثاني أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »، ولأن تحريره أغلظ فكان حده أغلظ . وكيف يقتل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل في الخبر فأنصرف لإطلاقه إلى القتل بالسيف^(١).

والثاني : أنه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا . ومن هذا الرأي أحمد^(٢) ومالك^(٣) والليث .

الخنثى :

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

(١) انظر ص ٢٦٨ الملهب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٦٢ المغني جزء ١٠ ، وانظر ص ٢٤٨ الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء .

(٣) انظر ص ١٣٥ الذخيرة جزء ٨ وانظر المدونة : ص ١٣ جزء ١٦ :

قلت أرأيت من أتى امرأة في دبرها وليست له بامرأة ولا بملك يمين أيحد في قول مالك حد الزنا ؟ (قال) نعم يحد حد الزنا لأن مالكاً قال هو وطء - قلت : أرأيت إن فعل ذلك رجل بصبي أو بكبير ما حدهم ؟ قال : قال مالك : من فعل ذلك بصبي رجم ولا يرجم الصبي وإن فعل ذلك كبير بكبير رجماً أحصنا أو لم يحصنا (وانظر الرأي الآخر في ص ٣٤ البدائع جزء ٧) : « الوطء في الدبر في الأنثى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وإن كان حراماً لعدم الوطء في القبل فلم يكن زناً وعندهما والشافعي يوجب الحد وهو الرجم إن كان محصناً والجلد إن كان غير محصن لا لأنه زناً بل لأنه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التحض فكان في معنى الزنا فورود النص بإيجاب الحد هناك يكون وروداً ههنا دلالة ولأبي حنيفة ما ذكرنا أن اللواط ليست بزناً لما ذكرنا أن الزنا اسم للوطء في قبل وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل ولو كان هذا زناً لم يكن لاختلافهم معنى لأن موجب الزنا كان معلوماً لهم بالنص فثبت أنه ليس بزناً ولا في معنى الزنا أيضاً لما في الزنا من اشتباه الأنساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك في هذا الفعل . إنما فيه تضييع الماء المهين الذي يباح مثله بالعزل وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر . فاختلفت الصحابة يستوجب التعزير في هذا الفعل » .

لا حد على واطئ الخنثى في قبله لأنه كثقبه، فإن وطئ في دبره فالظاهر أنه يقدر أنثى فيكون فيه الجلد كإتيان أجنبية بدبر . ولا يعتبر ذكراً ملوطاً به . بحيث يكون فيه الرجم « عند من يقول بذلك » ولا حد عليه إن وطئ هو غيره للشبهة ، إذ ليس ذكراً محققاً إلا أن يمتنى فلا إشكال^(١) .

المساحقة :

وهو أن تأتى المرأة المرأة .

روى أبو موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
« إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ويجب فيه التعزير دون الحد لأنها مباشرة من غير إيلاج فوجب بها التعزير دون الحد ، كباشرة الرجل المرأة فيما دون الفرج^(٢) فلا حد عليه .

وطء البهيمة :

إذا وطئ رجل بهيمة أو إن مكنت المرأة قرداً منها ففي الموضوع روايتان :

١ - رواية عن أحمد وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي^(٣)
ومالك والثوري وأصحاب الرأي . وقول للشافعي - أن في ذلك التعزير ولا حد فيه^(٤) .

(١) انظر ص ٢٧٨ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٢٦٩ المهذب جزء ٢ وانظر ص ١٣٦ من الذخيرة جزء ٨ للقرافي المالكي .

(٣) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي الكوفي الفقيه . روى عن مسروق وعلقمة وشريح وغيرهم . وهو شيخ حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة قال الشعبي : ما ترك أحداً أعلم منه قيل : ولا الحسن وابن سيرين ؟ قال : ولا الحسن وابن سيرين . وعن مذهبه تفرع مذهب الحنفية . مات وهو مختلف عن الحجاج بن يوسف سنة ٨٩٦ هـ .

(٤) انظر ص ٣٤ من بدائع الصنائع جزء ٧ ، وانظر ص ١٥٠ فتح القدير جزء ٤ .

٢ - رواية أخرى عن أحمد أن حده حد اللواط . وقال الحسن حده حد الزاني (١).

ورد في الدرر الحكام :

إن كانت البهيمة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت لغيره لأنها قتلت لأجله، والإحراق ليس بواجب وإنما يفعل لثلا يعير الرجل بها إن كانت باقية فيقطع يتحدث به . وإن كانت مما يؤكل تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة .

وطء الميتة :

وإن وطئ الميتة ، ففيه وجهان :

١ - أحدهما عليه الحد وهو قول الأوزاعي لأنه وطء في فرج آدمية فأشبهه وطء الحية ولأنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة (٢).

٢ - والثاني لا حد عليه وهو قول الحسن . قال أبو بكر : وهذا أقول لأن الوطء في الميتة كلا وطء لأنه عضو مستهلك ولأنه لا يشتهي مثلها وتعافها النفس فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها والحد إنما وجب زجراً . وفي هذا يجب التعزير (٣).

(١) انظر ص ١٦٣ المغني جزء ١٠ وص ١٣ من المدونة جزء ١٦ .
« قلت أرايت الرجل يأتي البهيمة ما يصنع به في قول مالك . قال أرى فيه النكاح ولا أرى فيه الحد ، قلت فهل تحرق البهيمة في قول مالك . قال لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أرى أن تحرق » .
وانظر ص ١١٥ من الذخيرة للقرافي المالكي « ولا يحد بالبهيمة عند ابن القاسم لتعذر قياسها على الآدمية لقيام الفارق » . وانظر ص ٣٢٤ جزء ٣ الجصاص .
(٢) انظر ص ١٢٠ الذخيرة الجزء الثامن « ويحد الحى بالميتة » .
(٣) انظر ص ١٥٢ المغني جزء ١٠ ، ٢٦٩ المهذب جزء ٢ ، ٣٤ البدائع جزء ٧ ، ١١٥ الذخيرة الثامن .

وإن أدخلت المرأة ذكر ميت غير زوجها فلا تحل لعدم اللذة كالصبي^(١)

وطء النائمة :

بالنوم ترتفع المسئولية : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . رفع القلم عن ثلاثة . . ذكر منهم النائم ، ولذلك فإن النائم لا يسأل عن أفعاله ولا عن تصرفاته .

فإذا زنى رجل بنائمة فالحد عليه لا عليها — أما إذا كانت متناومة فالحد عليها أيضاً .

وإذا استدخلت امرأة ذكر نائم في فرجها فلا حد عليه والحد عليها^(٢)؛

الركن الثاني — الزانى والزانية :

نتكلم في هذا الركن في أمور :

أولاً : شروط في الزانى أو الزانية لوجوب العقاب .

ثانياً : المرأة المستأجرة .

ثالثاً : الزنا الذى لا حد فيه .

أولاً — الشروط الواجب توافرها لتوقيع العقاب :

من أقوال الفقهاء نستخلص الأمور الآتية لكى يجب الحد .

١ — الحرية :

فيلزم أن يكون الجانى حراً غير رقيق . قال الله تعالى « فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب » .

فالعقوبة تنصف إذا كان الجانى رقيقاً .

(١) انظر ص ٢٧٩ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، هامش ٩٠ من هذا الكتاب .

(٢) انظر ص ١١٥ الذخيرة جزء ٨ : وإن زنى بنائمة حد ولها الصداق .

والأمة لا تحصن الرجل . فلو كانت المرأة أمة فدخل بها زوجها ثم أعتقها المولى فما لم يدخل بها زوجها بعد العتق لا يكمل إحصانه^(١).

٢ - العقل :

فهو شرط لوجوب العقوبة . فالمجنون لا يخاطب بالشريعة لفقدان عقله أو نقصانه .

قال الرسول « عندما أقر ماعز بالزنا : أمجنون هو ؟ قالوا : ليس به بأس » .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده : « أهلك جنون ؟ » وروى أبو داود بإسناده قال : « أتى عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها أناساً فأمر بها عمر أن ترجم فمر بها على بن أبي طالب رضي الله عنه فقال : ما شأن هذه ؟ قالوا : مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر ان ترجم ، فقال أرجعوا بها ثم أتاه فقال يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم . قال : بلى . قال : فما بال هذه ؟ قال : لا شيء . قال فأرسلها . قال : فجعل عمر يكبر^(٢) » .

٣ - البلوغ :

فهو شرط لوجوب العقوبة لما روى عن سيدنا علي بن أبي طالب . فالاحتلام هو فيصل البلوغ^(٣) . ونبحث بعض فروض اختلف فيها الفقهاء .

(١) انظر ص ١٧٢ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبي على الزيلعي .
(٢) انظر ص ١٤٦ من الذخيرة للقرافي « وإن كان أحدهما مجنوناً تحصن العاقل خاصة قاله مالك وابن القاسم . وقال أشهب المتبر الزوج إن كان عاقلاً فيحصن هو وهي أيضاً إن زنت في إفاقتها أو مجنوناً لم يتحصن معها . وقال عبد الملك : إن صح العقد منهما أو من وليهما تحصن معها »
(٣) انظر المرجع السابق « قال اللخمي . ومتى كان الزوج وحده غير بالغ لم يكن واحد منهما محصناً أما إذا كانت هي غير بالغة وحدها كان الزوج محصناً دونها لأن مقصود الوطء يحصل من الصغيرة له ولا يحصل للمرأة من الصغير » .

١ - إذا زنى الصبي أو المحنون بامرأة مكلفة لا يجب عليها الحد عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف .

وحجتهم في ذلك أن وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية لأن فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لأنها موطوعة وليست بواطئة وتسميتها في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة . وإنما وجب عليها لكونها مزنياً بها وفعل الصبي والمحنون ليس بزنا فلا تكون هي مزنياً بها فلا يجب عليها الحد . وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت البصية أو المحنونة مزنياً بها إلا أن الحد لم يجب عليها لعدم الأهلية . والأهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب (١) .

ويرى زفر والشافعي أن عليها الحد .

وحجتهم في ذلك أنها زانية لأن الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالي عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا . والزنا منها متصور . فالمانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ إذا زنا بصبية أو محنونة أنه يجب عليه الحد وإن كان لا يجب عليها (٢) .

٢ - إذا زنى الرجل البالغ العاقل بصبية أو محنونة فيرى الجمهور أن الحد على الرجل . ويفرق البعض فيما إذا كانت الصغيرة ممن يمكن وطؤها فوطؤها زنا يوجب الحد وإن كانت ممن لا تصلح للوطء ففيها وجهان :

(١) لا يجب على واطئ من لم تبلغ تسع سنين الحد لأنها لا يشتهى مثلها فأشبه ما لو أدخل أصبعه في فرجها : وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبي لم يبلغ عشرأ لا حد عليها .

(ب) متى أمكن وطؤها . أو إن أمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطؤها أن الحد يجب على المكلف منهما ، ولا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر ، وكون التسع وقتاً لإمكان الاستمتاع غالباً لا يمنع وجوده

(١) انظر ص ١٨٣ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

قبله، كما أن البلوغ يوجد في خمسة عشر عاماً غالباً ولم يمنع من وجوده قبله^(١).

٤ - الإسلام :

هل يشترط لكي تجب العقوبة أن يكون الجاني مسلماً ؟

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : من أشرك بالله فليس بمحصن . فالمسلم يتزوج المسلمة فتحصنه . والكافرة لا تحصنه . ولهذا قال عمر الحذيفة حين أراد أن يتزوج اليهودية : دعها فإنها لا تحصنك^(٢). وبذلك قال الحنفية :

وقال مالك كقوله إلا أن الذمية تحصن المسلم^(٣).

وقال الحنابلة والشافعي وأبو يوسف^(٤) والثوري : إن الإسلام ليس بشرط لوجوب العقوبة بدليل أن الرسول رجم يهوديين زنياً^(٥) وذلك كان أول رجم في الإسلام^(٦).

(١) انظر ص ١٥٢ المفتي جزء ١٠ ، وانظر ص ١١٥ الذخيرة جزء ٨ .

« ومن أنبت جرى عليه حكم الرجال . وفي المدونة إذا كان مثلها يوطأ وإلا فلا وقال ابن القاسم يحد وإن كانت بنت خمس سنين . وفي كتاب الرضاع يحد بالميثة لأنها آدمية محرمة الوطء . وفي الزاهي لا يحد لأنها لا تشتهى غالباً » .

(٢) انظر ص ٣٨ البدائع جزء ٢٧ ص ٣٥ البدائع ، ١٣٢ فتح القدير جزء ٤ وانظر ص ٣١٨ جزء ٣ أحكام القرآن الجصاص .

(٣) انظر ص ١١٥ ، ١٤٦ الذخيرة جزء ٨ .

(٤) انظر ص ١٦٣ الخراج ومع ذلك فقد ورد في كتاب الخراج : « وأحسن ما سمعنا في ذلك والله أعلم أن الحر المسلم لا يكون محصناً إلا بامرأة مسلمة حرة وإذا كانت تحت امرأة من أهل الكتاب فهو محصن لها وليس بمحصنة له » .

(٥) انظر المهذب جزء ٢ ص ٢٦٧ ، ١٦٣ الشرح الكبير على المفتي جزء ١٠ . وانظر تفصيل المسألة في الذخيرة للقرافي جزء ٨ ص ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ . وانظر ص ١١٥ .

وعند مالك لا يحد المسيحي ويرد إلى أهل دينه ويعاقب بالتعزير إن أعلن الزنا .

فإن كان الزوج مسلماً وهي نصرانية يحصن دونها .

(٦) انظر ص ١١٥ السياسة الشرعية لابن تيمية .

ويرد الحنفية على ذلك بالقول : إنما رجم رسول الله اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعهما فلما تبين له أن ذلك حكم الله تعالى عليهم أقامه فيهم . ويقرر الطرف الآخر رداً على ذلك أنه حكم عليهم بما أنزل الله بدليل قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » .

ولأنه لا يسوغ للنبي صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته . ولو ساغ ذلك له ساغ لغيره . وإنما راجع التوراة ليعرفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون شريعتهم مخالفون لحكمهم . وحكم الله في وجوب الرجم إن كان ثابتاً في حقهم يجب أن يحكم به عليهم فقد ثبت وجود الإحصان فيهم فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان فيه، وإن منعوا ثبوت الحكم في حقهم فلم يحكم به النبي ؟

زنا الحربى المستأمن :

وهو الأجنبي الذى دخل ديارنا بأمان ، وفيه اختلف الفقهاء إلى أقوال :
١ - إذا زنى الحربى المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد دون الحربى فى قول أبى حنيفة .

٢ - ولأبى يوسف رأيان :

(أ) قال أولاً : لا حد على واحد منهما .

(ب) ثم رجع عن ذلك وقال : عليهما الحد جميعاً .

٣ - وقال محمد بقول أبى يوسف الأول وهو أنه لا حد على واحد منهما وإن زنى المسلم أو الذمى بالحربية المستأمنة حد الرجل فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وفى قول أبى يوسف يحدان جميعاً .
وتأصيل المسألة، أنه عند أبى حنيفة لا يجب على الحربى حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد الزنا .

وعند أبي يوسف يجب عليه كل الحدود سوى حد الشرب لأنه يعتقد حله وذلك لأن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دار الإسلام في المعاملات والسياسة ، كما أن الذمي التزمها مدة عمره . ولهذا يحد للقذف أيضاً ويقتل قصاصاً .

وعند أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل ديارنا للبقاء ، بل الحاجة يقضيها ويرجع علينا أن نمكنه من الرجوع^(١) .

وعند محمد أن المسلم أو الذمي إذا زنى بمستأمنة يجب الحد عنده على الفاعل .

والمسلمة أو الذمية إذا زنت بمستأمن لا يجب الحد عنده عليها . فالأصل عنده : الزنا فعل الرجل ؛ والمرأة تبع لكونها محلاً فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الأصل .

وعند أبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا لكونه مخاطباً بالحرمان . وصار كما لو مكنت مسلماً فهرب فمكنته لأن المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيهاً أو مجنوناً لأنها لم يخاطبا .

٥ - أن توجد الأهلية والكمال في الزاني والزانية حال الوطء فيطأ

الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة :

وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه وعطاء والحسن وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري وإسحق والحنابلة .

وقال مالك ، إذا كان أحدهما كاملاً صار محصناً إلا الصبي إذا وطئ الكبيرة لم يحصنها .

(١) ص ١٥٥ فتح القدير جزء ٤ . انظر ص ١٧٠ جزء ٧ الأم : عن وكيع عن سفيان الثوري عن سماك عن قابوس بن الخارق أن محمد بن أبي بكر كتب إلى علي يسأله عن مسلم زنى بنصرانية فكتب إليه أن أتم الحد على المسلم وادفع بالنصرانية إلى أهل دينها .

واختلف عن الشافعي فقبل له قولان : أحدهما كقول أبي حنيفة .
والثاني : أن الكامل يصير محصناً دون الآخر، فإذا وطئ الصبي الحر
الصغير الكبيرة صارت محصنة دونه، كما أنه لا يجب على الصغير الحد ويجب
على الكبير^(١).

وقد جاء في المذهب للشيرازي .

وإن كان أحد الشريكين في الوطء صغيراً والآخر بالغاً ، أو أحدهما
مستيقظاً والآخر نائماً، أو أحدهما عاقلاً والآخر مجنوناً، أو أحدهما عالماً
بالتحريم والآخر جاهلاً، أو أحدهما مختاراً والآخر مستكراً، أو أحدهما مسلماً
والآخر مستأماً - وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر
لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد
على أحدهما وسقط عن الآخر .

وإن كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم
وعلى غير المحصن الجلد والتغريب، لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر
انفرد بسبب الجلد والتغريب . وإن أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب
على المقر الحد، لما روى سهل بن سعد الساعدي أن رجلاً أقر أنه زنى بامرأة
فبعث النبي صلى الله عليه وسلم فجحدت فحد الرجل . وروى أبو هريرة
رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
على ابنتك جلد مائة وتغريب عام واغديا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت
فارجمها ، فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة^(٢).

(١) انظر ص ١٨١ الشرح الكبير على المفتي جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ٢٦٨ المذهب جزء ٢ .

لكي يجب الرجم يجب أن يكون الجاني محصناً^(١). والإحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن . يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق . وأشأم أى دخل الشام . ومعناه دخل حصناً عن الزنا . وإنما يصير الإنسان داخلاً في الحصن عن الزنا عند توافر الموانع وأهمها النكاح الصحيح . قال الرسول عليه السلام : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » . ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطئ في نكاح صحيح . واختلف أصحاب أبي حنيفة هل يكون من شرط أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ والعقل والحرية أم لا ؟

فهم من قال ليس من شرط أن يكون الوطء بعد الكمال ، فلو وطئ وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كمل فزنى رجم ، لأنه وطء أبيح للزواج الأول فثبت به الإحصان كما لو وطئ بعد الكمال . ولأن النكاح يجوز أن يكون له قبل الكمال فكذلك الوطء .

ومنهم من شرط أن يكون الوطء بعد الكمال . فإن وطئ في حال الصغر أو الجنون أو الرق ثم كمل وزنى لم يرجم وهو ظاهر النص^(٢).

(١) وشروط الإحصان سبعة : الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنكاح الصحيح والدخول فيه والإحصان حالة الدخول فيه ، انظر ص ١٧٢ جزء ٣ الزيلعي : وقال الإيتقاني وأما الإسلام فإنه شرط الإحصان في ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعاً وروى عن أبي يوسف أن الإسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي ، وثمرة الخلاف أن الذى الثيب الحر إذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم وعندهما يرجم .

وانظر في الشهادة على الإحصان المبسوط جزء ٩ ص ٤٢ وابن عابدين ص ٢٤٩ جزء ٣ . وانظر تفصيل معنى الإحصان في القرطبي جزء ٥ ص ١٢٠ .

(٢) انظر ص ٣٨ بدائع الصنائع جزء ٢٧ انظر ص ١١١ فتح القدير . « وكون كل واحد من الزوجين مساوياً للآخر في شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح فهو شرط خلافًا للشافعي . حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبيبة أو مجنونة =

ويجب أن يعلم أن حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الإحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الإحصان حتى لو تزوج في عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقي مجرداً وزنى يجب عليه الرجم^(١).

قال الشاعر :

شروط إحصان أت ستة فخذها من النظم مستفهماً
بلوغ وعقل وحرية ورابعها كونه مسلماً
وعقد صحيح ووطء مباح متى اختل شرط فلن يرجها^(٢)

قال ابن عابدين :

وزيد عليها عندنا كونها بصفة الإحصان وقت الوطء، وعدم الارتداد فصارت ثمانية، ويزاد كون العقد صحيحاً فتصير تسعة، وقد غيرت هذا النظم جامعاً للتسعة فقلت :

شرائط الإحصان تسع أت متى اختل شرط فلا ترجما
بلوغ وعقل وحرية ودين وفقده ارتدادهما
وطء بعقد صحيح لمن غدت مثله في الذي قدما^(٣)

= أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصناً بهذا الدخول. حتى لو زنى بعده لا يرمم عندنا وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت . ولو تزوج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الإسلام أى يطأها إذا زنى لا يرمم وكذا لو اعتقت الأمة التى هى زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرمم لو زنى ، ما لم يطأها بعد الإعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهى صغيرة وكذلك لو كانت تحت حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معاً بطل إحصانها فإذا أسلما لا يعود إحصانها حتى يدخل بها بعد الإسلام . »

ورد في الذخيرة جزء ٨ ص ١١٩ : والاحصان يثبت بشهادة شاهدين ولا يقبل في الإحصان شهادة نساء معهن رجل .

(١) انظر ص ٦٣ جزء ٢ الدرر الحكام ، وص ٣٩ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٣٩٤ جزء ٢ حاشية شرح تنوير الأبصار .

(٣) انظر ص ٢٣١ جزء ٣ ابن عابدين .

٦- أن يكون الجاني مختاراً :

من شرط توقيع العقاب أن يكون الجاني مختاراً فلو كان مكرهاً فقد أفاض في ذلك الفقهاء :

١- قول لأبي حنيفة وزفر أنه يجب الحد لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الاختيار والطوعية فلا يسقط الحد .

٢- ثم عاد أبو حنيفة في قوله وقال لا يحد لأنه شرع للزجر وهو ينزجر، وإنما أقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمرأة . وانتشار الآلة لا يدل على الاختيار لأنه قد يكون طبعاً كما يكون طوعاً، ألا ترى أن النائم قد تنتشر آلته وإن لم يكن له قصد واختيار^(١) ؟

كل ذلك فيمن أكرهه السلطان .

وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة وبعض الحنابلة ، ولا يحد عند أبي يوسف ومحمد لتحقيق الإكراه من غيره لأن المعتبر خوف الهلاك وذلك لا يختلف بين السلطان وبين غيره ، بل في غير السلطان أظهر لأنه يكون على عجلة خوفاً على نفسه من أولى الأمر فيستعجل قبل ظهور الأمر . ومن هذا الرأي الشافعي وابن المنذر وصاحب المغني^(٢) .

وحجة أبي حنيفة أن الإكراه من غير السلطان لا يدوم إلا نادراً لأن المبتلى به يستغيث بالسلطان أو بمجاعة من المسلمين أو يدفعه عن نفسه بالسلاح أو بالحيلة^(٣) .

أما إذا أكرهت المرأة على الزنا فلا تحد لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد ، وقال بهذا جميع الفقهاء^(٤) .

(١) انظر ص ١٨٤ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٤ البدائع ٧ ، ١٥٩ المغني جزء ١٠ .

(٣) ص ٢٨٤ الزيلعي جزء ٣ ، ٢٦٧ المهذب جزء ٢ .

(٤) ص ١٥١ المغني جزء ١٠ ، وانظر ص ٣١٨ جزء ٣ الجصاص .

الزنا في حالة السكر :

على السكران حد الزنا إن فعل ذلك في سكره لأنه تسبب في السكر بنفسه، وقد يقال إن الحد لا يجب لأنه غير عاقل في سكره فيكون ذلك شبهة في درء ما يندرى بالشبهات ، ولأن طلاقه لا يقع في رواية فأشبهه النائم .
والرأى الأول أسلم لأن إسقاط الحد عنه يفضى إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر وفعل ما أراد فلا يلزمه شيء^(١).

* * *

ثانياً - المرأة المستأجرة :

نجد هنا رأياً خطيراً للإمام أبي حنيفة ، ونعرض الأمر في تفصيل :
إن استأجر الرجل امرأة ليزني بها فزنى بها اختلف الفقهاء في وجوب الحد عليه .

١ - قال أبو حنيفة إنه لا يجب عليه الحد . أما لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد، وحجته في ذلك ما روى أن امرأة طلبت من رجل مالا فأبى أن يعطيها حتى تتمكن من نفسها فدرأ عنها عمر الحد وقال هذا مهرها .
ولأن الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى : « فاستمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » فصار شبهة لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة . ألا ترى أنه لو قال أمهرتك كذا لأزنى بك لم يجب الحد ، فكذا إذا قال استأجرتك أو خذنى هذا لأطأك .

٢ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : يجب عليه الحد لأنه ليس بينهما ملك ولا شبهة فكان زنا محضاً فيحد . وهذا لأن الاستئجار ليس بطريق لاستباحة الأبضاع شرعاً فكان لغواً، كما لو استأجرها للطبخ أو الخبز ثم زنى بها ، لأن محل الإجارة المنافع لا الأعيان^(٢).

(١) انظر ص ٢٧٨ الدسوق جزء ٤ ، ١٧٠ المغنى جزء ١ .

(٢) انظر بالتفصيل في هذا الموضوع المراجع الآتية : ص ١٩٤ المغنى جزء ١٠ ، ١٣٧

الذخيرة ج ٨ ، ٣٦٨ المهذب ج ٢ ، ١٨٤ الزيلعي ج ٣ ، ١٧٩ الدسوق ج ٤ .

وقال محمد بن حزم بعد أن ناقش الحنفية في قولهم مناقشة قاسية : إن حد الزنا واجب على المستأجر والمستأجرة ، بل جرمهما أعظم من جرم الزاني والزانية بغير استئجار لأنهما زنيا كما زنى غيرهما ولا فرق ، وزاد المستأجر والمستأجرة مع الزنا حراماً آخر وهو أكل المال بالباطل (١).

وفي هذا يقول :

وأما الحنفيون المقلدون لأبي حنيفة في هذا فن عجائب الدنيا، وأنى لهذا عملاً إذ يرون المهر في الحلال لا يكون إلا عشرة دراهم لا أقل ويرون الدرهم فأقل « التمر » مهر آ في الحرام إلا أن هذا هو التطريق إلى الزنا وإباحة الفروج المحرمة وعون لإبليس على تسهيل الكبائر، وعلى هذا لا يشاء زان ولا زانية أن يزنيا علانية إلا فعلاً هذا وهما في أمن من الحد بأن يعطيها درهماً يستأجرها به للزنا فقد علموا الفساد الحيلة (٢).

ثالثاً — الزنا الذي لا حد فيه :

هناك زنا لا حد فيه لأنه وطء غير مشروع كالنكاح بدون ولي، ووطء الصبي والمجنون، فإن هذا وإن كان زناً في اللغة إلا أنه لا يسمى زناً شرعاً (٣). ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي ولا شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائنة ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن — وهذا قول أكثر الفقهاء (٤). أما من يجامع من يحرم وطؤها لعارض كالحائض والنفساء ونحو ذلك فإن ذلك لا يسمى زناً شرعاً ولا لغة (٥).

(١) (٢٠١) المجلد ص ٢٥١ ج ١١ ، وانظر ص ١٤٩ ج ٢ أحكام القرآن للجصاص .

(٣) انظر ص ٢٧٨ الدسوقي جزء ٤ .

(٤) انظر ص ٢٥٥ المغني جزء ١٠ .

(٥) انظر ص ٣٥ البدائع جزء ٧ .

« وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها لا يوجب الحد . وإن كان حراماً لقيام الملك والنكاح فلم يكن زناً » .

الركن الثالث — القصد الجنائي :

القصد الجنائي في جريمة الزنا قصد عام؛ فيعتبر الشخص جانياً في الزنا متى ارتكب الفعل وهو عالم بأنه يجامع شخصاً محرماً عليه بالشروط التي شرحناها ، ويتفق في هذا الفقهاء الغربي والإسلامي .

ولكن البحث يثار في أمرين :

الأول : أن يزني الشخص وهو لا يعلم بأن الزنا محرم ، والثاني أن يخطئ الشخص في زوجته ويجامع أجنبية عنه .

الخطأ في القانون :

القاعدة العامة أنه لا يعذر أحد بجهله القانون، وقد رأينا في بحث سابق لنا أن الظاهر في الفقه الإسلامي أن الجهل بالقانون يصبح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير^(١).

وقد ورد في الزيلعي :

قال الكمال رحمه الله : وبقي شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ، ونقل في اشتراط العلم بجريمة الزنا لإجماع الفقهاء ، ولفظ المحيط : وأما شرطه فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة، وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلاً زنى باليمن فكتب في ذلك عمر بن الخطاب إنه إن كان يعلم أن الله تعالى حرمه فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، وإن عاد فاجلدوه، لأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم ولكن لا أقل من لإبراث الشبهة لعدم التبليغ والإسماع للحرمة^(٢).

وقد ورد في المهذب للشيرازي :

وإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه، فإن كان قد نشأ فيما بين

(١) انظر ص ٢١٤ من العقوبة في الفقه الإسلامي المؤلف .

(٢) انظر ص ١٦٥ الزيلعي جزء ٣

المسلمين لم يقبل قوله لأننا نعلم كذبه، وإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في بادية بعيدة من المسلمين، أو كان مجنوناً فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله لأنه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد^(١).

وقد ورد في المغنى لابن قدامة :

ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا : قال عمر وعثمان وعلى : لا حد إلا على من علمه . وبهذا قاله عامة أهل العلم . فإن ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناسىء ببادية، قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقاً . وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناسىء بين المسلمين وأهل العلم ، لم يقبل ، لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه^(٢).

وورد في الذخيرة للقرافى :

وأوجب في الكتاب الحد على الأعجمى وحديث الإسلام والجاهل بالتحريم، وإنما ترك مالك الحديث لأن الزنا اليوم اشتهر بتحريمه بخلاف ذلك الزمان . وأخذ أصبغ بحديث مرغوس ودرأ الحد عن الجاهل للزنا^(٣).

الخطأ في الشخص :

وإذا وطئ الشخص امرأة أجنبية وجدت في فراشه ظاناً أنها زوجته ؛ فقد اختلف في حكمه الفقهاء .

فقال الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والمالكية^(٦) إنه لا يحد لأنه يحتمل ما يدعيه وفي ذلك شبهة تدرأ الحد .

(١) انظر ص ٢٧٦ المذهب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٥٦ المغنى لابن قدامة جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١١٦ ، ١٢١ الذخيرة للقرافى جزء ٨ مخطوط .

(٤) انظر ص ٢٦٨ المذهب جزء ٢ .

(٥) انظر ص ١٥٥ المغنى جزء ١٠ .

(٦) انظر ص ٢٧٩ الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ « حيث يدرأ الحد عن جاهل الغير وجاهل الحكم فالأول يعتقد أنها زوجته ثم تبين له أنها أجنبية وجاهل الحكم من يعتقد حل وطء الأجانب لكونه حديث عهد بالإسلام » .

- وقال الحنفية إنه محمّد لذلك، لأنه بعد طول عشرة زوجته لا تشبهه عليه حتى ولو كان أعمى لأن امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة « يعرفها بالجلس والنفس والرائحة والصوت » فلا يعذر بترك الفحص، إلا إذا دعاها فأجابته باسم امرأته فلا حد عليه، لأن ظنه استند إلى دليل شرعى وهو الإخبار^(١).

وقد درأ زفر الحد بالنسبة للأعمى إذ الظاهر أنه لا ينام على فراشه غير امرأته : فكان ظنه مستنداً إلى دليل ظاهر يوجب درء الحد^(٢).

المبحث الثانى

أدلة الإثبات فى الزنا

فى الفقه العربى :

نصت المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات على أن «الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخر مكتوبة منه، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحریم» والنص المقابل فى القانون الفرنسى لا يقبل من الأدلة على الشريك سوى التلبس ووجود مكاتيب أو أوراق أخرى صادرة منه . أما الشارع المصرى فزاد الدليلين الآخرين بناء على طلب مجلس شورى القوانين .

ومن المقرر فقهاً وقضاء أن القانون لم يحدد أدلة الإثبات فى جريمة الزنا إلا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية . أما الزوجة نفسها وكذا الزوج وشريكته فلم يشترط القانون بشأنهم أدلة خاصة ، بل ترك الأمر فى ذلك للقواعد العامة . فيجوز إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات القانونية^(٣).

(١) انظر ص ١٧٨ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٧ البدائع جزء ٧ ، ١٤٧ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٠٦ الموسوعة جزء ٤ .

ومع ذلك - يجب حتى في غير حالة الشريك - أن يراعى ، كما تقول محكمة النقض في صدد اتهام زوجة بالزنا ، أنه ليس من الجائز في مثل هذه المواد المخلة بالعرض والشرف أن يقبل القاضي مطلق دليل ولا أن يؤول الوقائع تأويلاً في مصلحة الاتهام ، بل يجب عليه الاعتراف مع القانون بأنها مما يجب فيها التحرج الشديد في قبول أدلتها وفي استنتاج النتائج من وقائعها أخذاً بتلك القاعدة الحكيمة قاعدة « درء الحدود بالشبهات » (١).

ومن أظهر الأدلة على وقوع الزنا شهادة الشهود على حالة التلبس بالنسبة للشريك، أو شهادتهم بالنسبة للزوجة والزوج وشريكته على أية واقعة يمكن أن يستنتج منها القاضي وقوع الجريمة .

ويجوز للقاضي الجنائي أن يعتبر اعتراف الزوجة أو الزوج دليلاً كافياً على الزنا المنسوب إليهما .

ولا يخفى أن الاعتراف في المواد الجنائية لا يقيد القاضي ولا يمنعه من البحث وراء أدلة أخرى، وهو في باب الزنا أدعى للريبة، إذ قد يكون الباعث عليه الحصول على حكم بالطلاق (٢).

في الفقه الإسلامي :

وقد فرضت الشريعة للإثبات في الزنا - وقد وجدت أن العقوبة شديدة جداً - أمراً عسيراً، فإن كان الإثبات بالبينة فشهادة أربعة يشهدون بالروية أما إن كان الإثبات بالإقرار فهناك شروط خاصة يلزم توافرها ويجوز فيه العدول ، على التفصيل الآتي :

أولاً - الإثبات بالشهادة :

اتفق الفقهاء على أن الزنا يثبت بالشهادة ، وأن العدد المشترك في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء »

(١) نقض ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ مجموعة النقض ٢ رقم ١٢٩ ص ١٥٥ .

(٢) انظر ص ١٠٨ الموسوعة جزء ٤ .

و « فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » وقال عليه السلام للذى قذف امرأته : اثبت بأربعة يشهدون على صدق مقاتلتك وإلا فحد في ظهرك .
ويثبت الزنا بعلم الإمام . وقال أبو ثور - ونقل قولاً عن الشافعى - إنه يثبت به وهو القياس لأن الحاصل بالبينة والإقرار دون الحاصل بمشاهدة الإمام . ولكن الشريعة أهدرت ذلك بقوله تعالى : « فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون (٢١) » .

وستكلم في الشهادة في الأمور الآتية :

١ - يلزم أن يكون الشهود أربعة عدول .

٢ - أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها .

٣ - أن تكون صريحة على الفعل نفسه لا بالكناية .

٤ - أن لا تختلف في زمان ولا مكان .

٥ - أن لا تكون قد مضت عليها مدة التقادم .

أولاً - الشهود أربعة :

يلزم أن يكون الشهود على الزنا أربعة؛ وذلك لقوله تعالى : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » وقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » .
فإن شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل .
وقال الحنفية : يحدون حد القذف .

وقال الشافعى : إذا جاءوا بحجىء الشهود لم يحدوا . لأن قصدهم إقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف .

فإذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما في الخاف واحد ولم يزد على ذلك يحد الثلاثة عند الحنفية ولا حد على الرابع لأنه لم يقذف، إلا إذا كان قد قال في بداية الشهادة إنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد .

(١) انظر حاشية الشلبى على الزيلعى ص ١٦٤ جزء ٣ .
وانظر ص ٢٠٧ من مؤلفنا نظرية الإثبات في الفقه الجنائى الإسلامى الطبعة الثانية .

وحجتهم ما رووا أن ثلاثة شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا .. فقام الرابع وقال : رأيت أقداماً بادية ونفساً عالياً وأمرأً منكراً ولا أعلم ما وراء ذلك فقال عمر رضى الله عنه : الحمد لله الذى لم يفضح رجلاً من أصحاب الرسول وحد الثلاثة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة . ولم ينكره أحد فيكون إجماعاً^(١).

ويجوز أن يكون الزوج من الشهود عند الحنفية والحسن البصرى والشعبي والأوزاعي في أحد قوليه خلافاً للشافعي ومالك والأوزاعي في قوله الآخر ، فهم يقولون : هو منهم فلا تقبل شهادته^(٢).

ويرى ابن حزم والظاهرية أن الحكم في هذا الأمر على ثلاثة وجوه :
١ - إذا كان الزوج قاذفاً فلا بد من أربعة شهود سواء وإلا حد ، ويلاعن .
٢ - إذا كان الزوج غير قاذف ولكنه جاء شاهداً فإن كان عدلاً ومعه ثلاثة عدول فهي شهادة تامة وعلى المشهود عليها حد الزنا كاملاً .
٣ - وإذا كان الزوج غير عدل ، أو كان عدلاً وكان في الدين معه غير عدل ، أو لم يتم ثلاثة سواء والشهادة لم تتم ، فلا حد على الشهود وليس الشهود قذفة فلا حد عليهم ولا حد على الزوج ولا لعاناً لأنه ليس قاذفاً^(٣).

وقد ذكر الفقيه الحرقى^(٤) الحنبلى في شهود الزنا سبعة شروط :
١ - أن يكونوا أربعة . قال سعد بن عباد لرسول الله صلى الله عليه وسلم : رأيت لو وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟

(١) انظر ص ٤٨ البدائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١١٤ فتح القدير جزء ٤ ، ص ١٦٥ جزء ٣ الزيلعي .

(٣) انظر ص ٢٦٣ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

(٤) هو عمر بن الحسين المعروف بأبى القاسم الحرقى ، تلقى عن صالح وعبدالله ابنى الإمام أحمد وعن غيرهما من تلاميذه نبغ في فقه الإمام حتى ألف فيه عدة كتب أشهرها مختصره الذى شرحه ابن قدامة وسماه بالمغنى . وكان يقيم ببغداد ولما وجد الخلافات المذهبية بين الشيعة وسواهم جرت إلى النيل من الصحابة رحل عنها إلى دمشق وكانت وفاته بها سنة ٣٢٤ هـ . (انظر ابن خلكان جزء ١ ص ٣٧٩) .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « نعم » رواه مالك في الموطأ وأبو داود في سننه (١).

٢ - أن يكونوا رجالا كلهم . فلا تقبل فيه شهادة النساء ، ولا نعلم فيه

(١) وإذا لم يكمل الشهود أربعة فعليهم الحد في قول الجمهور ومنهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذكر ابن الخطاب فيهم روايتين ، وحكى عن الشافعي فيهم قولان « أحدهما لا حد عليهم لأنهم شهود فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فاسق » . ويرى الحنابلة رأى الجمهور انظر ص ١٨٠ المئني جزء ١٠ ، وانظر ص ١٨٠ المحلى جزء ١١ ، وانظر ص ٢١٦ الماوردي وانظر ص ١٢٢ الذخيرة (في الكتاب شروط الشهادة في الزنا أن يشهد أربعة في وقت واحد على وطء واحد في موضوع واحد بصفة واحدة لأنهم مأمورون بالستر فحيث خالفوا شدد عليهم ولأن الزنا فعلان فاحتاج كل منهما إلى شاهدين ويسألهم الإمام فان وصف ثلاثة وقال الرابع رأيته بين فخذلها حد الثلاثة للقتل وعوقب الرابع وإن لم يصفوا حدوا للقتل دون المشهود عليه) .
(حكمة اشتراط الأربعة لتحقيق معنى الستر المندوب إليه واقتصر عليه لنفي قول من قال إن حكمه أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج إلى اثنين فلزمت الأربعة . أما أن فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده إذا توقف على أربعة وليس لوجوده إذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء) .

وانظر ص ١٦٤ جزء ٣ حاشية الشلبي مع الزيلعي « قوله ولأن الله تعالى يجب الستر على عباده . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه الترمذي . قال الكمال : إذا كان الستر مندوباً يفني أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها في رتبة التدب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهكذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما امتحن به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع لإخلاء الأرض من المماصى والفواحش بالغلب المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلاً والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته باخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها . فن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مراراً متستراً متخوفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد . وانظر ص ٢٦٠ المحلى : ويرى ابن حزم والظاهرية أنه لا يجب على الشهود أى حد سواء كان واحداً أو اثنين أو ثلاثة لأن الحد هو على القاذف الراى لا على الشاهد وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا من شهركم هذا ، فبشرة الشاهد حرام ولم يأت نص قرآن ولا سنة صحيحة بجحد الشاهد في الزنا . وقد فرق القرآن والسنة بين الشاهد من البينة وبين القاذف الراى .

خلافاً إلا ما روى عن عطاء وحجاد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان، والجمهور أن هذا شذوذ لا يعول عليه لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكرين ويقتضى أن يكتفى فيه بأربعة ولا خلاف في أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم^(١).

٣ - الحرية : فلا تقبل فيه شهادة العبيد، ولا يعلم فيه خلاف إلا رواية حكيت عن أحمد أن شهادتهم تقبل، وهو قول أبي ثور لعموم النص فيه ولأنه عدل ذكر مسلم فتقبل شهادته كالحرة .

و « للحنابلة » أنه مختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد لأنه يندريء بالشبهات .

٤ - العدالة : ولا خلاف في اشتراطها، فلا تقبل شهادة الفاسق ولا من لا تعلم عدالته لجواز أن يكون فاسقاً^(٢).

(١) وانظر ص ١١٤ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ١٦٤ الخراج « قال : وحدثنا الحجاج عن الزهري قال : مضت السنة من لدن رسول الله والخليفين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود » .

وانظر ص ٢٩٢ الحلى للشيعي « ولا يكفي في البينة أقل من أربعة رجال ، أو ثلاثة وامرأتين ولو شهد رجلان وأربع نساء يثبت بهم الجلد لا الرجم ولا تقبل شهادة النساء منفردات ولو شهد ما دون الأربع لم يثبت وحدوا للفرية » .

(٢) فإن كلوا أربعة ولكن لا تتوافر فيهم الشروط كالعبيد والفاسق والعميان ففيهم ثلاث روايات :

(أ) عليهم حد القذف وهو قول مالك وأصحاب السنن .

(ب) لا حد عليهم وهو قول الحسن والشعبي وأبو حنيفة ومحمد لأنهم أربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية .

(ج) إن كانوا عيانياً أو بعضهم حدوا . وإن كانوا عبيداً أو فاسقاً فلا حد عليهم وهو قول الثوري .

وقال الشافعي وأصحابه : إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والفسق ففيهم قولان وإن كان رد الشهادة لمعنى خفي فلا حد عليهم .

٥ - الإسلام : فلا تقبل شهادة أهل الذمة سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذى^(١).

٦ - الشهادة صريحة بوصف الزنا والفعل نفسه ، بقوله رأيت الذكر في فرجها كالمروء في المحكمة والرشاء في البئر .

٧ - الشهادة من الأربع في مجلس واحد : فإن جاء أربعة متفرقين والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقيم قبل شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك وأبو حنيفة .

وقال الشافعي والبتي وابن المنذر لا يشترط ذلك لقوله الله تعالى « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء » ، ولم يذكر المجلس ولأن كل شهادة مقبولة إن اتفقت تقبل إذا افرقت في مجالس كسائر الشهادات^(٢).

ثانياً - معاينة فرجه في فرجها :

وعلى ذلك فيأزم أن يسأل القاضي الشهود عن ذلك فيسألهم عن الزنا ،

(١) انظر ص ١٦٤ الخراج .

(٢) انظر ص ١٧٩ المفتى جزء ١٠ .

ولنا أن أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشروط لم يجوز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم وبهذا فارق سائر الشهادات فلا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد في مجلس واحد قبل شهادتهم ، وقال مالك وأبو حنيفة إن جاءوا متفرقين فهم قذفة لأنهم لم يجتمعوا في مجيئهم فلم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا في مجلس واحد .

ولنا قصة المغيرة فإن الشهود جاءوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم وإنما حدوا لعدم كمالها . وفي حديثه أن أبا بكرة قال : رأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه ؟ قال عمر إى والذي نفسى بيده ولأنهم اجتمعوا في مجلس واحد فأشبه لو جاءوا مجتمعين ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه . وإذا تفرقوا في مجالسهم فعليهم الحد لأن من شهد بالزنا ولم يكمل الشهادة يلزمه الحد لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » وانظر ص ١٩٤ الزيلعي جزء ٣ ، ١١٥ فتح القدير جزء ٤ .

ما هو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا^(١) وبمن زنا ، لأنه عساه غير الفعل في الفرج ، عنه بأن ظن مماسة الفرجين حراماً زناً، أو كان يظن أن كل وطء محرم زناً يوجب الحد فيشهد بالزنا .

فلهذا الاحتمال سأله عن الزنا ما هو ولأنه يحتمل كونه كان مكرهاً ويرى أن الإكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختاراً فيه . كلنا يسألهم عن المزني بها من هي ، وقياسه في الشهادة على زنا المرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فإن فيه الاحتمال المذكور وهو جواز أن يكون صبيهاً أو مجنوناً بأن مكنت أحدهما فلا يجب عليها الحد في قول أبي حنيفة .

ولو قال الشهود تعمدنا النظر في فرجها قبلت شهادتهم . وقال البعض لا يقبل لإقرارهم على أنفسهم بالفسق لأن النظر إلى عورة الغير عمداً فسق . وإنما تقبل شهادتهم إذا وقع اتفاقاً من غير قصد . ويقول الحنفية إنه يباح النظر ضرورة لأن التعمد فيه للحاجة وهي الشهادة جائز ، كالطبيب والخاتن والقبالة ، والحاجة هنا ثابتة لإقامة الحسبة .

فإن اختلف الشهود في الثوب الذي كان عليه حالة الزنا يقبل لأن التوفيق ممكن بأن يكون عليه ثياب فيعاین كل فريق غير الذي عاينه الآخر .

(١) ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم رجع إلى بلاد الإسلام فأقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد - وعند الشافعي ومالك يحل لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه . والأصل عند أبي حنيفة ومحمد أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شيء من الحدود أى كحد الزنا والسرقة والشرب إلا حد القذف فإنه يجب حددهما ولكن أبا يوسف يوجب عليه جميع الحدود إلا حد الشرب والحاصل أن حد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق لأنه يراه حللاً . وحد القذف يجب بالاتفاق لأن فيه حق العبد وحق الزنا والسرقة يجب عنده وعندهما ثم إن محمداً رحمه الله فرق بين المسلم أو الذمي إذا زنى بجزئية مستأمنة حيث يجب الحد عنده وبين المسلمة أو اللبية إذا زنت بجزئية حيث لا يجب الحد عليهما عنده جميعاً لأن الأصل في الزنا فعل الذكر والمرأة تبع لكونها محلاً فوجب من امتناع الحد على الأصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد على التبع امتناعه على الأصل . (انظر ص ١٨٢ جزء ٣ الشرعيات على من لا يخسر) .

أو يحتمل أنه أخذ في الفعل في ثوب ثم لبس آخر . وفيه خلاف عن زفر والشافعي ، وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزنى بها أو في طولها وشعرها يقبل . والأصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق يصار إليه لأن التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد أصلاً لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به أصحابه^(١) .

ولذلك لو شهد أربعة بالزنا على رجل أو امرأة وهم عريان فينبغي للإمام أن يحدهم ولا حد على المشهود عليه^(٢) .

ثالثاً - الشهادة صريحة على الفعل نفسه :

يلزم أن تنصب شهادة الشهود أنفسهم على الفعل نفسه . فإذا شهد أربعة على شهادة أربعة على الفعل نفسه لا تقبل شهادتهم وترد للشبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإثباته .

فلو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر . فلائ الزنا لا يتحقق مع البكارة وظهر كذبهم فلا تحد - ولا يحدون لأن عددهم متكامل - وإنما سقط الحد عنها بقول النساء إنها بكر وقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه وهذا قول الحنفية والشافعي والشعبي والثوري وأبو ثور .

ويرى المالكية أنه إذا ثبت الحد بشهادة الأربعة فلا يسقط الحد عن امرأة بعد الثبوت عليها بشهادة أربع نسوة ببكارتها تقديماً لشهادة الرجال على النساء^(٣) ولأن شهادة النساء لا مدخل لها في الحدود فلا تسقط بشهادتهن .

(١) انظر ص ١٩٠ الزيلعي جزء ٣ وقد ورد في الكافي أن التوفيق في ذلك غير مشروع لأنه احتيال لإيجاب الحد وقد أمرنا بالاحتياط للدرء . انظر ص ١٩٠ جزء ٢ الشرنبلالية .

(٢) انظر ص ١٦٤ الخارج .

(٣) انظر ص ٢٨٣ الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

وانظر ص ٢٩٥ المحلى إذا شهد أربعة بالزنى قبلاً فشهدت أربع نساء بالبكارة فلا حد وفي شهادة الشهود قولان . وانظر ص ٢٤٩ أبو يعلى .

وكذلك إذا شهدوا على رجل بالزنا وهو محبوب فإنه لا يحد لظهور
كنسهم ولا يحد كذلك الشهود لتكامل عددهم .

رابعاً - اتحاد المكان والزمان :

يلزم لكي تجب العقوبة أن تكون الشهادة في مجلس واحد والشهود
مجتمعين ، فاتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة ، فإن جاء الشهود متفرقين
يشهدون واحداً بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا .

والمسجد كله مجلس واحد فلو جاء الشهود مجتمعين أو متفرقين وجلسوا
في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاءوا واحداً بعد واحد وشهدوا
جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد . وإن كانوا خارج
المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع
يضربون الحد (١) .

فإذا شهد اثنان أنه زنى في مكان وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر
والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبليدين والدارين
والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لأنهم شهدوا بفعلين
مختلفين لاختلاف المكانين وليس على أحدهما شهود أربع ولا حد على الشهود
عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف والنخعي وأبي ثور . وعند زفر يحدون (٢) .
وقال بذلك مالك والشافعي (٣) .

فإذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان أنه زنى بها في يوم كذا واثنان في يوم
آخر فيطبق نفس الحكم السابق (٤) .

فإذا اختلفوا في المكان وكان البيت صغيراً حد الرجل والمرأة . ومعنى
ذلك أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية خلاف الزاوية الأخرى (٥) .

(١) انظر ص ٤٨ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر ص ١٨٣ المغنى جزء ١٠ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الزيلعي جزء ٣ .

وإن شهد اثنان أنه زنى بها مكرهة وشهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليهما إجماعاً فالشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد، وفي الرجل وجهان :

١ - أحدها : لا حد عليه وهو قول الحنابلة وأبي حنيفة وقول للشافعي لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن المطاوعة غير المكرهة .

٢ - ثانيها : يجب عليه الحد وهو قول أبي يوسف ومحمد وقول للشافعي لأن الشهادة كملت على الزنا منه واختلافهما إنما هو في فعلها لا في فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه .

وفي الشهود ثلاثة أوجه :

١ - أحدها : لا حد عليهم .

٢ - ثانيها : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم .

٣ - ثالثها : يجب الحد على شاهدي المطاوعة لأنهما قلغا المرأة بالزنا ولا يجب على شاهدي الإكراه لأنهما لم يقلغا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى الحد للشبهة وهي تدرك الحدود^(١) .

فإن كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرك الحد^(٢) .

فإذا شهد الشهود شهادة كاملة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه متهم وقد يهرب. ولنا أن هذا الحبس نوع من الحبس الاحتياطي المعروف الآن كما سبق ووضحنا في بحث سابق^(٣) .

(١) انظر ص ١٨٤ المغني جزء ١٠ . وورد في الذخيرة جزء ٨ ص ١٢٦ .

وفي النوادر لو قال اثنان أكرهها وقال اثنان طأعته حد الشهود دونه لاختلاف الصفة .
قاله ابن القاسم : ولا حد على الرجل والمرأة ولا أدب .

(٢) انظر ص ١٨٦ المغني جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١٩١ من العقوبة في الفقه الإسلامي للمؤلف .

وإن شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة وهى غائبة فإنه يحل وقد أجمع الأئمة الأربعة على ذلك^(١).

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحل لأن الظاهر أنها امرأته ، أو أمته فلو قال المشهود عليه : المرأة التى رأيتموها معى ليست زوجتى ولا أمتى لم يحل أيضاً لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحل وهذا اللفظ منه ليس لإقراراً موجباً للحل فلا يحل^(٢).

خامساً — عدم التقادم :

هل هو شرط فى حد الزنا ؟

الشاهد إذا عاين الجريمة فهو خير بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله تعالى « وأقيموا الشهادة لله » وبين الستر على المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة » فلما لم يشهد عليه فور الوقت حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار الستر . فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضمينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته .

روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فلنما شهدوا عن ضعف ولا شهادة لهم . وهذا رأى الحنفية وأحمد بن حنبل^(٣).

ويرى مالك والأوزاعي والثورى والشافعى وإسحق وأبو ثور وبعض الخزابة أنه يجب الحد لأنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمن كسائر الحقوق . والتأخير فى الشهادة يجوز أن يكون لعذر أو غيبة ، والحد

(١) انظر ص ١٦٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر المرجع السابق .

(٣) انظر ص ٤٨ بدائع الصنائع جزء ٧ ، ١٦٣ فتح القدير جزء ٤ حيث فصل مسألة

التقادم ، ١٦٥ الزيلعى جزء ٣ انظر هامش ١١٤ .

لا يسقط بمطلق الاحتمال فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلاً^(١). ولم يقدر أبو حنيفة مدة معينة للتقادم وفوضه لرأى القاضى على ما هو رأيه فى المقدرات . وقد روى فى المجرى :

قال أبو حنيفة لو سأل القاضى الشهود : متى زنى بها فقالوا : منذ أقل من شهر أقيم الحد، وإن قالوا شهر أو أكثر درئ عنه الحد . وقال أبو العباس النافضى فقد قدر على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد^(٢).

الرجوع عن الشهادة :

وإن رجع الشهود عن الشهادة أو رجع واحد منهم ففى المسألة ثلاثة آراء : الأول : عليهم جميعاً الحد وهو قول أبى حنيفة .

الثانى : يحد الثلاثة فقط دون الراجع وهذا رأى بعض الفقهاء لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ، ولأنه فى درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذى يحصل به مصلحة الشهود عليه وفى إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد فتفتوت تلك المصلحة وتتحقق المفسدة فيناسب ذلك نفى الحد عنه .

والثالث : قول الشافعى بأنه يحد الراجع دون الثلاثة لأنه مقرر على نفسه بالكذب فى قذفه^(٣).

(١) انظر ص ١٨٧ المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ١٨٧ حاشية الشلبى على الزيلعى جزء ٣ .

(٣) انظر ص ١٧٢ المغنى جزء ١٠ ، انظر ص ١٤٨ الذخيرة جزء ٨ .

إذا رجع أحد الأربعة الشهود قبل الحد أو وجد عبداً حدوا حد القذف لعدم ثبوت قولهم . فإن رجع جميعهم بعد الرجم حدوهم باقرارهم بالقذف والدية فى أموالهم لأنهم سبب قتله وإن رجع واحد حد وحده . وإن علم الحد أن أحدهم عبد حدوا لم يحدوا .

وإن وجد بعد الرمى مجبواً لم يحد الشهود لأنه لا يحد قاذف المجهوب وعليهم الدية فى ما لم والادب وطول السجن . وإن ظهر قبل رجم المرأة أن أحدهم زوجها جلد الثلاثة ولاعن الزوج =

ولا يقيم الإمام الحد بعلمه روى ذلك عن أبي بكر الصديق وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر له إقامته بعلمه وهو قول أبى ثور لأنه إذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذى لا يفيد إلا الظن فيما يفيد العلم أولى^(١).

ثانياً — الإثبات بإقرار :

يثبت الزنا بالإقرار عند الإمام ويوجب ذلك الحد، إنما لذلك شروط هامة نذكرها :

١ — العقل : فلا يصح إقرار المجنون فى الزنا . فإن كان مجن مرة ويفيق أخرى فأقر فى إفاقته أنه زنى وهو منفيق أو قامت عليه بينة أنه زنى فى إفاقته فعليه الحد .

وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأي^(٢).

٢ — البلوغ : فلا يصح إقرار الصبي فى الزنا لأن سبب وجوب الحد لا بد وأن يكون جنائية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جنائية فكان إقراره كعدمه^(٣).

٣ — الإقرار بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة .

حتى أن الآخرس لو كتب الإقرار فى كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة لا حد عليه لأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان، ألا ترى أنه لو أقر بالوطء لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بفعل الزنا^(٤).

== فإن لم يلتمن جلد لأن الزوج خصم لا تقبل شهادته ، فإن علم ذلك بعد رجوعها لاعتن الزوج فإن نكل حد دون الثلاثة . فإن شهد الشهود عليه وجرح من الجلد ثم ظهر أحدهم عبداً أو محدوداً فى قذف فأرشد الجلد هدر عنده خلافاً لما « للصاحيين » وإذا شهدوا والزانى مخصن فرجهم ثم ظهر أحدهم عبداً أو نحوه فدية الرجيم فى بيت المال .

(١) انظر ص ٤٦ جزء ٩ المبسوط ، ١٩١ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر ص ٦٨ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٤٩ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ١١٨ فتح القدير جزء ٤ ، ٤٩ البدائع جزء ٧ .

وهذا عند الحنفية ، وعند المالكية والشافعية يحد الأخرس إن فهم من إشارته الزنا^(١) .

٤ - الصلحة :

فيجب أن يتأكد القاضي أن المقر في حال الصلحة تتوافر فيه الشروط المطلوبة :

قال الرسول لما عز : « أهلك خبل ؟ أباك جنون ؟ » وبعث إلى قومه فسألهم عن حاله . فإذا عرف أنه صحيح العقل سأل عن ماهية الزنا وعن كيفية وعن مكانه^(٢) وعن المزني بها كما ذكرنا في الشهادة^(٣) .

والذي يحد بإقراره عند الحنفية خلافاً للمالك ، والعبد يحد بإقراره مأذوناً كان أو محجوراً خلافاً لزرر .

اختلاف الفقهاء في عدد مرات الإقرار .

١ - يرى أبو حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحق^(٤) وابن أبي ليلى أنه يلزم أربع إقرارات ودليلهم ما فعله ماعز عندما حضر مقراً للنبي صلى الله عليه وسلم^(٥) .

(١) انظر ص ١٢٦ الذخيرة جزء ٨ .

(٢) فمن زنى في دار الحرب أو في دار النبي ثم رجع إلى بلاد الإسلام فأقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وهذا عند الحنفية . وعند الشافعي ومالك يعد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه - وللحنفية قوله عليه الصلاة والسلام - لا تقام الحدود في دار الحرب ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب . انظر ص ١٨٢ الزيلعي جزء ٣ ، ٣٤ البدائع جزء ٧ ، ١٥٢ فتح القدير جزء ٤ و ١٣٨ الذخيرة جزء ٨ .

(٣) انظر ص ١٧١ المغني جزء ١٠ .

(٤) هو اسحق بن إبراهيم بن مخلد الحنفلي المروزي المعروف بابن راهويه أحد أئمة الدين روى عنه خلق كثير منهم البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي جميع بين التقوى والفرقة والحديث والحفظ والصدق . توفي سنة ٢٣٨ هـ عن سبع وسبعين سنة .

(٥) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١١٥ فتح القدير جزء ٤ ، ١٦٣ الخراج ، ٣٦٦

بداية المجتهد جزء ٢ .

٢ - يرى مالك والشافعي والحسن وداود وحامد بن أبي سليمان وأبو ثور والطبري أنه يكفي لإقرار واحد واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه الرسول « واغديا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يقل أربع مرات وبحديث الغامدية، ومع ذلك فهناك روايات أنها أقرت أربعة . روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم « حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن ابن أبي بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردّها (١) » .

وهل يقر في أربع مجالس أو أربع مرات في مجلس واحد ؟

يرى أبو حنيفة أن الاعتبار بمجالس المقر . لأنه عليه الصلاة والسلام اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يتغير .

وروى عن أبي حنيفة في تفسير اختلاف مجالس المقر : هو أن يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء فيقر ثم يذهب هكذا أربع مرات (٢) .

ويرى الحنابلة أنه سواء الإقرارات الأربعة في مجالس متفرقة أو في مجلس واحد (٣) .

والإقرار يصبح ولو في غيبة المزمى بها . فإن ماعز أرحم في غيبة شريكته ، بل إنه يصبح ولو قال إنه زنى ولا يعرف من هي المزمى بها فإقراره يلزمه (٤) . وإن أقر أنه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعي والحنابلة . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا حد عليه لأننا صدقناها في إنكارها فصار محكوماً بكذبه، وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فكذبها .

(١) انظر ص ١١٧ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) الماوردى ص ٢١٧ ، ١٣٠ الذخيرة جزء ٨ ، ٤٩ البدائع جزء ٧ ص ٣٦٦ بداية المجتهد .

(٣) انظر ص ١٦٥ المغنى جزء ١٠ .

(٤) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١٨٩ الزيلعي جزء ٣ .

ويلزم أن يكون الإقرار عند الإمام فإن كان عند غيره لم يجز إقراره لأن إقرار ماعز كان على يدى الرسول^(١).

وعلى الإمام أن يسأله عن حاله أمحصن أم لا لاختلاف الحكم . فإذا أقر أنه محصن سأله عن ماهية الإحصان^(٢).

وإن شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد في قول من يطلب أربع إقرارات لأن إحدى الحجتين لم تكمل ولا تلتق إحدهما بالأخرى^(٣).

ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد بن محمد لأن هذا الإقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الباقي دليل الرجوع أو هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعاً . فبقيت الشهادة وحدها هي الحجة فتقبل .

ولأبى يوسف رحمه الله أن الإقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعاً فأورث الحقيقة شبهة وهو يدركها فصار كما إذا كانت معتبرة شرعاً .

وبقى أمران :

الأول : الإقرار المعيب .

الثاني : الرجوع فى الإقرار .

(١) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١١٣ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ .

(٣) انظر ص ١٦٦ حاشية الشلبى على الزيلعى .

قال الإيتقانى . ولم يذكر القدورى السؤال عن الزمان فى الإقرار بأن يقول متى زنت لأن التقادم مانع للشهادة لهمة الحقد والمرء لا يهتم على نفسه فيقبل إقراره وإن تقادم العهد ويبان التقادم يعلم فى باب الشهادة على الزنا .

وقال الكمال : ولم يذكر السؤال فيه عن الزنا فلا يقول متى زنت وذكره فى الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار وهذا السؤال لم تكن الفائدة فإذا لم يكن التقادم مسقطاً لم يكن فى السؤال عنه فائدة . قال الزيلعى : « والأصح أن يسأله عن الزمان لاحتمال أنه زنى فى صغره » .

الأمر الأول :

الإقرار المغيب هو الذى يشوبه عيب من عيوب الإرادة كإقرار المكره والسكران والأخرس والمجنون والنائم .

فإن أقر بالزنا وهو سكران لا يعتبر إقراره لأنه لا يدري ما يقول ولا يدل قوله على فعله . وقد روى بريدة أن النبي استنكه ماعزاً . رواه أبو داود . وإنما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران أو لا ؟

كذلك لا يصح الإقرار من المكره فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحد ولم يثبت عليه الزنا — وهذا إجماع — روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ليس الرجل بأمين على نفسه إن صرعه أو ضربته أو أوثقته . رواه سعيد . وقال ابن شهاب فى رجل اعترف بعد جلد له ليس عليه حد ، ولأن الإقرار المغيب إنما ثبت به الأمر دفعاً عن الضرر فانتفى ظن الصديق عنه فلم يقبل^(١) .

وأما الآخرس فإن لم تفهم إشارته فلا يتصور منه إقرار . فإن فهمت إشارته اختلف الفقهاء .

١ — قول الشافعى وابن القاسم صاحب مالكا وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب أحمد ، إن عليه الحد لأن من صح إقراره بغير الزنا صح إقراره به كالناطق .

٢ — قال أصحاب أبى حنيفة لا يحد بإقرار ولا بيعة لأن الإشارة تتحمل ما فهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة فى درء الحد لكونه مما يندرى بالشبهات ولا يجب بالبيعة لاحتمال أن يكون له شبهة لا يمكن التعبير عنها ولا يعرف كونها شبهة « أى لا يستطيع الدفاع عن نفسه »^(٢) .

كذلك النائم لا يصح إقراره لأن كلامه ليس بمعتبر ولا يدل على صحة مدلوله^(٣) .

(١) انظر ص ١٧١ المغنى جزء ١٠ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر ص ١٧٠ المغنى جزء ١٠ .

كما أن الإقرار يلزم أن يكون ممن يتصور منه الزنا فالجبوب لا يصح إقراره^(١).

أما الخصى أو العنين إن أقر بالزنا فعليه الحد لأن الزنا يتصور منه كالشيخ الكبير وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي^(٢).

الأمر الثاني :

الرجوع عن الإقرار، فمن شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد، فإن رجع عن إقراره أو هرب ففي المسألة قولان :

١ - قول عطاء والزهرى وحامد ومالك «روايتان» والثوري والشافعي «روايتان» وإسحق وأبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد أن الجاني إن رجع أو هرب كف عنه وذلك لأن ماعز لما هرب قال النبي صلى الله عليه وسلم : «هلا تركتموه»^(٣).

٢ - قول الحسن وسعيد بن جبير وابن أبي ليلى أن الحد يقام عليه ، ولا يترك لأن ماعزاً هرب فقتلوه ولم يتركوه . وروى أنه قال : ردوني إلى رسول الله فإن قومي غروني من نفسي وأخبروني أن رسول الله غير قاتلي فلم ينزعوا حتى قتلوه، أخرجه أبو داود . ولو قبل رجوعه للزمهم ديتة، وهذا مردود بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم^(٤).

ويستحب للإمام أن يلحق المقر الرجوع لما ورد في ذلك من آثار عن النبي عليه الصلاة والسلام . فالمقصود أن يلحق الإمام ما يكون ذكره دارئاً للحد ليذكره كائناً ما كان^(٥).

(١) انظر ص ٤٩ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١٧١ المغني جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٢٩٢ الحل «ولو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكر سقط عنه ولا يسقط غيره»

(٤) انظر ص ١٢١ فتح القدير جزء ٤ ، ١٧٣ المغني جزء ١٠ ، ١٩٥ من المرجع نفسه .

(٥) وفي كتاب الأحكام السلطانية للماوردي أن هناك رواية لأبي حنيفة يقول فيها إن الحد

لا يسقط بالرجوع . انظر ص ٢١٦ . وانظر ص ١١٠ من السياسة الشرعية لابن تيمية .

حمل المرأة بدون زواج :

اختلف الفقهاء في المرأة إذا وجدت حاملاً بدون زواج ولا شبهة إلى رأيين :

١ - قول لأحمد وغيره أنه لا حد عليها لأنها يجوز أن تكون حملت مكرهة أو بوطء شبهة وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

٢ - قول آخر بأنها تحد وهو مذهب أهل المدينة وبه قال مالك في الموطأ من حديث عمرو إلا أن تكون جاءت بأمانة على استكراها مثل أن تكون بكرأ فتأني وهي تدعى (١) .

وقد ورد في المغني : « ولنا أنه يحتمل أنه من وطء لإكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل إن المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر » (٢) .

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين

في الفقه الغربي :

الغرض من العقوبة في الفقه الغربي ليس منع اختلاط الأنساب ، بل صيانة حرمة الزواج . فإذا كان الزنا بعيداً عن عقد الزواج فلا عقاب على مرتكبه إن كان برضاه وبعد سن التمييز التي حددها المشرع . فطالما كان هناك عقد يعاقب على الزنا ولو وقع من صبي لم يبلغ الحلم أو من شيخ طاعن في السن أو من شخص فقد قوة التناسل أو كانت المرأة المزني بها قد بلغت سن اليأس .

في الفقه الإسلامي :

أما سبب العقوبة في الفقه الإسلامي فهو منع اختلاط الأنساب وصيانة

(١) انظر ص ٣٦٨ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٩٣ جزء ١٠ المغني .

الأعراض فيحد بالجلد من زنا ولو باختيار . وتشدد العقوبة إذا كان هناك زواج فتصل إلى حد استئصال الفرد من المجتمع .

ولو تركنا العقوبة في الزنا سواء كانت الجلد لغير المحصن أو الرجم بالنسبة للمحصن — ولو أننا رأينا في بحث سابق مدى الشك الذى يدرأ الحد في هذه العقوبة — لرأينا أموراً مختلفة .

الأول : إن جريمة الزنا من الجرائم التى يلزم فيها أربعة شهود خلافاً لكل الجرائم الأخرى . وهؤلاء الشهود يلزم توافر شروط خاصة فيهم فليس كل أربعة صالحين للشهادة .

الثانى : وهؤلاء الشهود لا تقبل شهادتهم إلا إذا شهدوا على فعل الزنا نفسه بالرواية كالمرود فى المكحلة أو الرشاء فى البئر . وهو أمر عسير لا يتيسر تحقيقه فى أغلب الأحوال .

الثالث : وقد فرض الشارع عقوبة شديدة جداً على هؤلاء الشهود إن تخلف واحد منهم عن الشهادة أو شهد على غير الفعل كما حدث فيما روى عن حادث المغيرة بن شعبه وهو حادث فيه نظر من وجوه مختلفة .

حادث المغيرة بن شعبه :

وتفصيل الحادثة ما رواه أبو جعفر قال : كان المغيرة بن شعبه يباهى أبا بكره وينافره . وكانا بالبصرة متجاورين بينهما طريق ، وكانا فى مشربتين متقابلتين فى داريهما فى كل واحدة منهما كوة تقابل الأخرى ، فاجتمع إلى أبى بكره نفر يتحدثون فى مشربته فهبت ريح ففتحت باب الكوة فقام أبو بكره ليغلقه فبصر بالمغيرة وقد فتحت الريح باب الكوة فى مشربته وهو بين رجل امرأة قد توسطها فقال للنفر : قوموا فانظروا ثم اشهدوا فقاموا فنظروا فقالوا : ومن هذه ؟ فقال هذه هى أم جميل بنت الأرقم وكانت أم جميل غاشية للمغيرة والأمراء والأشراف وكان بعض النساء يفعلن ذلك فى زمانها فلما خرج المغيرة إلى الصلاة حال أبو بكره بينه وبين الصلاة فقال : لا تصل بنا فكتبوا إلى عمر بذلك فبعث عمر إلى أبى موسى واستعجله وقال له :

إني أبعثك إلى أرض قد باض فيها الشيطان وفرخ فالزم ما تعرف ولا تبدل
فببذل الله بك ، فقال : يا أمير المؤمنين أعني بعدة من أصحاب النبي صلى
الله عليه وسلم من المهاجرين والأنصار فإني وجدتهم في هذه الأمة وهذه
الأعمال كالمالح لا يصلح الطعام إلا به قال : فاستعن بمن أحببت فاستعان بتسعة
وعشرين رجلا منهم أنس بن مالك وعمران بن حصين وهشام بن عامر ثم
خرج أبو موسى حتى أناخ بالبصرة وبلغ المغيرة إقباله فقال : والله ما جاء
أبو موسى زائراً ولا تاجراً ولكنه جاء أميراً . ثم دخل عليه أبو موسى فدفع
إلى المغيرة كتاب عمر رضى الله عنه وفيه :

« أما بعد » فإنه بلغني أمر عظيم فبعثت أبا موسى أميراً فسلم إليه ما في
يديك والعجل فأهلى المغيرة لأبي موسى وليدة من وليدات الطائف تدعى
عقيلة وقال له إني قد رضيتها لك وكانت فارهة . وارتحل المغيرة وأبو بكر
ونافع بن كلدة وزيد وشبل بن معبد حتى قاموا على عمر فجمع بينهم وبين
المغيرة . فقال المغيرة لعمر : يا أمير المؤمنين ، سل هؤلاء الأعبد كيف
رأوني مستقبلهم أو مستدبرهم ، وكيف رأوا المرأة وهل عرفوها . فإن كانوا
مستقبلي فكيف لم أستبر أو مستدبري فبأى شيء استحلوا النظر إلى على
امرأتى والله ما أتيت إلا زوجتى وكانت تشبهها . فبدأ بأبي بكر فشهد عليه
أنه رآه بين رجلى أم جميل وهو يدخله ويخرجه كالليل في المكحلة قال :
وكيف رأيتهما . قال : مستدبرهما قال : وكيف استثبت رأسي . قال :
تحايلت حتى رأيتهما . ثم دعا بشبل بن معبد فشهد بمثل ذلك . وشهد نافع بمثل
شهادة أبي بكر . وتقديم زياد آخرهم فقال له عمر قبل أن يشهد : إني لأراك
حسن الوجه وإني لأرجو أن لا يفضح الله على يديك رجلا من أصحاب محمد
صلى الله عليه وسلم . فقال : رأيته جالسا بين رجلى امرأة فرأيت قدمين
مخضوبتين يخفقان ، واستين مكشوفين ، وسمعت حفزاناً شديداً ، قال : هل
رأيت كالليل في المكحلة قال : لا . قال فهل تعرف المرأة . قال : لا . ولكن
أشبهها . قال : له تنح وأمر بالثلاثة فجلدوا حد القذف ، وقرأ : فإذا لم يأتوا

بالشهاداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ، فقال المغيرة : اشفنى من الأعبء
يا أمير المؤمنين فقال له : اسكت أسكت الله نأمتك ، أما والله لو تمت الشهادة
لرجمتك بأحجارك ، ورد عمر شهادة أبي بكرة وكان يقول له تب أقبل شهادتك
فيأبى حتى كتب عهدء عند موته . . هذا ما عهد به أبو بكرة نفع بن الحارث
وهو يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأن المغيرة بن شعبة زنا
بجارية بنى فلان^(١) .

* * *

وهذه القصة تناقلها كتب الفقه جميعاً على روايات مختلفة لا تخرج عن
الرواية التى اخترناها مما يؤيد أنها رواية حقيقية . ومن أظهر ما فيها أن عمر
ابن الخطاب رضى الله عنه الذى هاله أن ينتشر الزنا فوقفت يوماً على المنبر
وقال مقالته المشهورة التى فيها أنه لولا أن يقول الناس زاد فى كتاب الله
لكتب الآية المنسوخة فى المصحف — يقول لزياد الشاهد الرابع الذى سوف
تثبت بشهادته الجريمة على ضحاى من أصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم :

« إنى لأراك حسن الوجه وإنى لأرجو أن لا يفضح الله على يديك رجلاً
من أصحاب رسول الله » .

يقول عمر أمير المؤمنين ذلك للشاهد قبل أن يشهد فكأنه يوحى إليه أن
يعادل عن شهادته حتى لا يرجم . وهذه هى السنة درءاً للحدود وصوناً
للأعراض .

ثم يسارع عمر وهو الخريص على تطبيق العقوبة — وقد اختلفت الشهادة —
فيقول للمغيرة : « اسكت . أسكت الله نأمتك أما والله لو تمت الشهادة
لرجمتك بأحجارك » . حتى لا يظن الناس أنه ترك الرجم لسبب من الأسباب .
بل إن الرسول عليه الصلاة والسلام نفسه كان يرد المعترفين بالزنا

(١) انظر ص ١٧٩ ابن العربى جزء ٢ . النأمة : النعمة والصوت ، وأسكت الله
نأمتة أى أمانته .

ولا يريد أن يسمع منهم الاعتراف والإقرار ، وكان يسأل عن حالهم وعقلهم
كما فعل مع ماعز .

نخرج من ذلك كله بالتنتائج الآتية :

إن الزنا جريمة صعبة الإثبات بل متعذرة الإثبات في الشريعة الإسلامية ،
وإن طرق الإثبات واحدة سواء كان الزاني متزوجاً أو غير متزوج .

أما في الفقه الوضعي فقد فصل بين الشهادة فيما يتعلق بالأزواج أو شريكة
الزوج ، وبالنسبة لشريك الزوجة .

فقد نص القانون على أن الإثبات بالنسبة للأخير يجب أن يحصل بإحدى
الطرق التي ذكرها على سبيل الحصر وهي :

١ - القبض عليه حين تلبسه بالفعل .

٢ - اعترافه .

٣ - وجود مكاتيب أو أوراق آخر مكتوبة منه .

٤ - وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم .

أما بالنسبة للأزواج وشريكتهم فالإثبات يكون بطرق الإثبات العادية .
ويقولون إن حكمة التضييق في طرق الإثبات بالنسبة للشريك ترجع إلى
خطورة التهمة وتعلقها بالعرض فيجب أن تثبت بطريق قاطع ولا يكفي فيها
مجرد شهادة الشهود من حوادث تبعية قد تؤخذ في مجموعها قرينة على وقوع
الجريمة فكثيراً ما تخطئ الشواهد وتضل الشبهات .

وفضلاً عن ذلك فإن إباحة شهادة الشهود إباحة مطلقة في مثل هذه الحالة
يفسح المجال لمن لا خلاق لهم للتشهير بسمعة الغير والنيل من شرفهم .

ولكن هذا تبرير ضعيف لشذوذ المشرع عن القواعد العامة وإلا وجب
توحيد طرق الإثبات بالنسبة للزوجة والشريك فالمصلحة متحدة ولكن المشرع
الإسلامي قد راعى من مبدأ الأمر ذلك كله فوحد طرق الإثبات بالنسبة لجميع
المتهمين في جريمة الزنا .

الفصل الثالث

جريمة القذف

في الفقه العربي :

يتكلم فقهاء الغرب دائماً مع جريمة القذف والسب عن جرائم الإهانة والعيب .

فالقذف diffamation يقصد به إسناد أمور محدودة إلى شخص وقعت منه أو منسوبة إليه كأن يقول شخص عن آخر إنه سرق من فلان أو إنه أخذ رشوة . ولا يشترط أن تحدد الألفاظ الواقعة المعينة ، بل يكفي أن تكون معروفة ولو أن الألفاظ في حد ذاتها غامضة .

والسب injure هو عبارة عن نسبة عيب لا واقعة معينة ، يخدش الشرف أو يشين السمعة بين الناس . كأن يقول شخص لآخر « يا حرامى » « يا نصاب » .

والإهانة offense فهي أوسع مدى من القذف والسب ، فيدخل فيها كل ما هو مخجل بالاحترام ، أو يدل على الازدراء والسخرية ، وذلك فضلاً عما يخدش الكرامة . والإهانة لا يعاقب عليها إلا بالنسبة للموظفين ومن يقومون بخدمة عامة^(١) .

والعيب outrage يدخل في نطاق الإهانة ويدخل فيه كل ما يخدش الشعور أو يعتبر إخلالاً بالواجب سواء كان تصريحاً أو تلميحاً من باب الفخر مهما كان ظاهره بريئاً^(٢) .

(١) انظر ص ١٧١ من كتاب التشريع وأحكام القضاء للدكتور المصفاوى .

(٢) انظر ص ١٣٤ ، ١٣٥ من كتاب المسؤولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القلى .

وقد نص القانون المصرى على عقاب هذه الأمور فى المواد ٣٠٢ وما بعدها تحت باب القذف والسب .

فى الفقه الإسلامى :

أما فى الإسلام فجرىمة القذف التى تجب بها العقوبة المحددة (وهى ثمانون جلدة) هى أن يرمى القاذف المذدوف بالزنا أو ينفيه عن نسبه .
أما خلاف ذلك من أوجه السب أو الإهانة أو العيب فيعاقب عليها لا بالحد وإنما بالتعزير بقدر ما يرى القاضى ^(١) .

والقذف لغة ، الرمى بالحجارة ونحوها ثم استعمل فى الرمى بالمكارة ويسمى أيضاً فرية (بكسر الفاء) كأنه من الافتراء والكذب ، وشرعاً قال ابن عرفة : القذف نسبة آدى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم ، والأخص لإيجاب الحد نسبة آدى مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطبق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم ^(٢) .

وأصل هذه الجرىمة هو ما نزل على النبى صلى الله عليه وسلم فى القرآن وهو : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحو فإن الله غفور رحيم ، والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » ^(٣) .

وقوله تعالى : « إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ^(٤) » .

(١) انظر ص ٢٥٤ الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الفراء . قال الأوزاعى خلافاً لبق الفقهاء أن حد العبد كمحد الحر فى القذف (انظر ص ١٦٠ جزء ٢ الميزان للشرافى) .

(٢) انظر ص ٢٢٨ جزء ٤ الدسوقي .

(٣) سورة النور .

(٤) سورة النور .

وقد نص القانون المصرى على عقاب هذه الأمور فى المواد ٣٠٢ وما بعدها تحت باب القذف والسب .

فى الفقه الإسلامى :

أما فى الإسلام فجرمة القذف التى تجب بها العقوبة المحددة (وهى ثمانون جلدة) هى أن يرى القاذف المقتذوف بالزنا أو ينفيه عن نسبه .

أما خلاف ذلك من أوجه السب أو الإهانة أو العيب فيعاقب عليها لا بالحد وإنما بالتعزير بقدر ما يرى القاضى ^(١) .

والقذف لغة، الرى بالحجارة ونحوها ثم استعمل فى الرى بالمكاره ويسمى أيضاً فرية (بكسر الفاء) كأنه من الافتراء والكذب، وشرعاً قال ابن عرفة : القذف نسبة أدى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد نسبة أدى مكلف غيره حرّاً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطبق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم ^(٢) .

وأصل هذه الجريمة هو ما نزل على النبى صلى الله عليه وسلم فى القرآن وهو : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ، والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » ^(٣) .

وقوله تعالى : « إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ^(٤) » .

(١) انظر ص ٢٥٤ الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الفراء . قال الأوزاعى خلافاً لباقي الفقهاء أن حد العبد كحد الحر فى القذف (انظر ص ١٦٠ جزء ٢ الميزان للشرانى) .

(٢) انظر ص ٢٢٨ جزء ٤ الدسوقي .

(٣) سورة النور . (٤) سورة النور .

وقوله عليه الصلاة والسلام :

« اجتنبوا السبع الموبقات . قيل : وما هن يا رسول الله . قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » .
وسنتكلم في جريمة القذف عن أمور ثلاثة :

١ - أركان جريمة القذف .

٢ - الإثبات في القذف .

٣ - فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي .

المبحث الأول

أركان جريمة القذف :

١ - الفعل المادي وهو الرمي .

٢ - شروط ضرورية في القاذف والمقذوف .

٣ - القصد الجنائي .

الركن الأول - الفعل المادي :

القذف لغة ، الرمي بالشئ ، وشرعاً الرمي بالزنا .

وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة . فإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف - لزمه حد الزنا . ولو رماه بسائر المعاصي غير الزنا لا يجب الحد ، بل التعزير .

وسائل التعبير في القذف :

قد يكون القذف بالعبارة أو بالرسالة فهل يكون أيضاً بالإشارة والكتابة ؟

ولو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يأيها الزناة ، أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمرو أنت زان ويا خالد أنت زان ، لا يقام عليه إلا حد واحد عند الحنفية ومالك والثوري وأحمد ، وعند الشافعية إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لأنه حق المقذوف فلا يجري فيه التداخل ، وقد قال بذلك أيضاً الليث بن سعد^(١) .

فإن قذف أهل بلد أو جماعة لا يتصور الزنا من جميعهم عزز ولم يحد^(٢) .

القذف غير العلني :

ورد في ابن عابدين : نقل أيضاً عن شرح جمع الجوامع أن القذف في الخلوة صغيرة عند الشافعية . قال : وقواعدنا لا تأباه لأن العلة فيه لحوق العار وهو مفقود في الخلوة واعترضه في النهر بأنه في الفتح استدلال للإجماع بآية والذين يرمون المحصنات . ومحدث اجتنبوا السبع الموبقات وعد منها قذف المحصنات وهذا صادق على قذف المحصنة في الخلوة بحيث لم يسمعه أحد^(٣) .

القذف بالرسالة :

أما في الرسالة كما لو قال الشخص لغيره : اذهب إلى فلان فقل له يا زاني أو يابن الزانية لم يكن المرسل قاذفاً لأنه أمر بالقذف ولم يقذف . وأما الرسول فإن ابتداء فقال مباشرة لا على وجه الرسالة يا زاني أو يابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد . وإن بلغه على وجه الرسالة فإن أرسلني فلان إليك وأمرني أن أقول لك يا زاني أو يابن الزانية لا حد عليه لأنه لم يقذف بل أخبر عن قذف غيره^(٤) .

(١) انظر ص ٢٠٩ فتح القدير جزء ٤ ، وصفيحة ١١١ المبسوط جزء ٩ وانظر ص ٣٦٩ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ . وانظر ص ١٧٥ من هذا الكتاب وانظر ص ٢٧٥ جزء ٢ المهلب .

(٢) انظر ص ٢٢٣ المغني جزء ١٠ . وانظر ص ٢٩٩ المختصر النافع للحلي (لو قذف جماعة بلفظ واحد ، فعليه حد إن جاءوا وطالبوا مجتمعين وإن افرقوا فلكل واحد حد) .

(٣) انظر ص ٢٥٧ جزء ٣ ابن عابدين « القذف غير العلني » في خلوة لا يوجب الحد .

(٤) انظر ص ٧٢ مثلاً خسرو جزء ٢ .

القذف بالإشارة :

أما الآخرس فلا يتصور منه القذف بإشارته لا يستفاد منها الرمي بالزنا على وجه التأكيد . كذلك إن كان القاذف قادراً على الكلام ولكنه افتعل إشارات معينة يحاول بها أن يمثل فعل الزاني فلا حد لعلم الرمي بالزنا على وجه التأكيد .

القذف بالكتابة :

يفهم من استقراء النصوص في الفقه الإسلامي أنه يلزم أن يكون القذف علناً على مسمع من الجمهور، ورد في حاشية أبي الخلاص على الدرر « القذف لغة الرمي بالشيء وشرعاً الرمي بالزنا واستثنى منه الشافعية ما كان في خلوة لعدم لحوق العار »^(١).

وعلى هذا الرأي لا يكون مرسل الكتاب قاذفاً إذا لم يعلمه بخلافه .

« إذا قال يابن الزائنين وقد مات أبواه فعليه حد واحد » . لأن الغالب في الحدود عندنا حق الله تعالى فتتدخل حتى لو قذف رجلاً مراراً أو جماعة كل واحد منهم لا يجب إلا حد واحد كما سيأتي : حكى عن ابن أبي ليلى أنه كان قاضياً بالكوفة فسمع يوماً رجلاً يقول عند باب مسجده لرجل يا بن الزائنين فأمر بأخذه فأدخل المسجد فضربه حدين ثمانيين ، ثمانيين لقذفه الوالدين فبلغ ذلك أبا حنيفة فقال يا للعجب من قاضي بلدنا قد أخطأ في مسألة واحدة من خمسة أوجه .

حده من غير خصومة المقذوف . وضربه حدين ولا يجب عليه إلا حد واحد ولو قذف ألفاً . ووالى بين الحدين والواجب أن يفصل بينهما بيوم أو أكثر . وحده في المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجائينكم وسل سيوفكم وإقامة حدودكم . والخامس ينبغي أن يكشف أن المقذوفين حيان أو ميتان لتكون الخصومة إليهما أو إلى ولدهما . وإن اجتمعت على واحد أجناس مختلفة بأن قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبدأ من الأول فيبدأ بحد القذف أولاً لأن فيه حق العين ثم الإمام بالخيار إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بالقطع لاستوائهما في القوة لثبوتهما بالكتاب ويؤخر حد الشرب لأنه أضعف منها ذكره الزيلعي . » وانظر ص ٢٠٧ الزيلعي جزء ٣ وانظر ص ٢٩٨ من الحل : قال الشمية يقتل القاذف في الرابعة إذا حد ثلاثاً ، وقيل الثالثة . وهو رأي غريب فريد .

(١) انظر ص ٤٤ بدائع الصنائع جزء ٧ ، ص ٧٠ جزء ٢ من الدرر .

القذف المعلق على شرط أو المضاف لأجل :

فالقذف المعلق على شرط أو المضاف لأجل لا حد فيه ، وعلى هذا إذا قال رجل : من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن زانية ، فقال رجل أنا قلت فلا يحد لأنه علق القذف بشرط القول .

وكذلك إذا قال لرجل إن دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن زانية فدخل لا حد على القائل .

وكذلك من قال لغيره أنت زان أو ابن زانية غداً أو أول الشهر فجاء الغد أو أول الشهر لا حد عليه لأنه أضاف القذف إلى الموعد المحدد^(١) .

التعريض بالقذف :

قد لا يكون القاذف صريحاً في لفظه الذي قاله ، فيقول واحد للآخر والله ما أبى بزان ولا أمى بزانية ، أو يقول أنا ما زنيت فهو بمثابة أنه يقول إنك زنيت . أو يقول له يا نبطي^(٢) أو يا بن الأصفر أو يا بن الأسود أو يا فاجر أو يا بن الفاجر أو يا لوطي ، ففي هذه الأحوال وأمثالها اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً نحصره في رأيين .

١ - رأى أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر ومحمد وابن شبرمة والثوري وأبى ثور وقتادة وعطاء وابن المنذر والشافعي^(٣) أنه لا حد في التعريض بالقذف وهو رواية عن أحمد بن حنبل ورأى ابن مسعود والشيعة^(٤) .

٢ - ويرى مالك وأصحابه ورواية عن أحمد بن حنبل عن الأثرم^(٥)

(١) انظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) والنبط قوم يزلون بالبطائح بين العراقيين والجمع أنباط . يقال رجل نبطي ونباط مثل يمني ويمان . قال الرغزنى سموأً نبطاً لأنهم يستنبطون الماء أى يستخرجونه من الأرض . ومعنى نبطي اللسان الذى اشتبه في كلامه بكلام العرب والعجم . وانظر ص ١٩٩ فتح القدير جزء ٤ ، ص ٢٠١ الزيلعي جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٩٠ ابن العربي .

(٤) انظر ص ٢٩٨ المختصر النافع للحلى .

(٥) هو أحمد بن محمد بن هانى الطائى المعروف بالأثرم روى عن الإمام أحمد كثيراً من =

وغيره أن عليه الحد^(١).

وخلافهم مرجعه إلى الخلاف بين الخلفاء الراشدين في هذا الأمر ، فقد رويت روايات مختلفة عن عمر بن الخطاب في إحداها أنه جلد من قال : أما أبي فليس بزان ولا أمي بزانية . وفي رواية أخرى أنه ضربه ولم يجلده الحد . كما قيل عن عبدالله بن مسعود أنه قال : لا حد إلا في اثنين : أن يقلد محصنة أو ينفي رجلاً من أبيه . وقيل عن عبدالله بن عمرو بن العاص أنه قال : ليس يحد إلا في الكلمة التي لها مصرف وليس لها إلا وجه واحد . وعن علي ابن أبي طالب أنه قال : إذا بلغ الحد لعل وعسى فالحد معطل^(٢) . وقد عرض الرأيين عرضاً وجيهاً الفقيه الظاهري ابن حزم في كتابه المحلى وانتهى إلى أنه لا يجب الحد في التعريض^(٣) .

والذين قالوا : لا حد في التعريض اختلفوا إلى رأيين : رأى يقول بأنه لا عقوبة على من يعرض بالقذف أصلاً . ويرى أبو حنيفة والشافعي أن فيه التعزير^(٤) .

= مسائل الفقه ورتبها أبواباً وقد تفوق في العلم حتى كان من المبرزين من تلاميذ الإمام روى أن شيخين من رجال الحديث قدما من خراسان إلى مكة في موسم الحج فجلس كل منهما في ناحية وحوله من يسمع ومن يكتب ، وجلس الأثرم بين الخلقين يكتب ما يمل هذا وذلك . وتلك قدرة على الحفظ ومهارة في التدوين ولم يعرف تاريخ وفاته .

(١) انظر ص ٢٩٠ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . وقال مالك : في التعريض الحد كاملاً ، انظر ص ٢٤ المدونة الكبرى جزء ١٦ ، وانظر ص ٣٣٠ جزء ٣ أحكام القرآن للجصاص .

(٢) انظر ص ٣٣٠ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ ، ٢١٢ المغني جزء ١٠ ، ٢٥٥ أبو يعلى ، ٢٢١ الماوردي ٩ ، ١٩٩ حاشية الشلبى على الزيلعي جزء ٣ ، ٤٢ وما بعدها من بدائع الصنائع جزء ٧ ، ١٦٧ الذخيرة للقرافي جزء ٨ .

(٣) انظر ص ٢٧٦ وما بعدها جزء ١١ لابن حزم .

(٤) بداية المجتهد جزء ٢ ص ٣٦٨ وانظر ص ٢٥٥ أبو يعلى « والتعريض : أن يقول في حالة الغضب جواباً لمن سابه : يا حلال ابن الحلال ، خلقت من نطفة حلال . ما أنت بزان ولا أملك بزانية . ولا يعرفك الناس بالزنا . ونحو قوله لزوجه ففصحتيني وغطيت رأسي » .

الركن الثاني - القاذف والمقذوف :

١ - شروط يلزم توافرها في القاذف :

(أ) العقل .

(ب) البلوغ .

فإذا كان القاذف صبيّاً أو مجنوناً لا حد عليه لأن الحد عقوبة والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة . وفعل الصبي أو المجنون لا يوصف بأنه جريمة^(١) . ولا يشترط في القاذف :

١ - الحرية :

فالعبد والحر سواء في هذا الحد . وعقوبة العبد أربعون جلدة على النصف من حد الحر . وقد قال بذلك جمهور الفقهاء .

وقد جلد أبو بكر محمد بن حزم عبداً قذف حرّاً ثمانين جلدة، وبذلك قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي وابن مسعود عملاً بعموم الآية . وقال سعيد : حدثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال : حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبداً في فرية ثمانين، فأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء، فقال لي عبدالله بن عامر بن ربيعة إني رأيت والله عمر ابن الخطاب فما رأيت أحداً جلد عبداً في فرية فوق أربعين^(٢) .

٢ - الإسلام :

ليس بشرط أن يكون القاذف مسلماً .

فاللهي يحد إن قذف ، والمستأمن يحد إن قذف . وكان أبو حنيفة لا يحد

(١) ورد في ابن عابدين جزء ٣ ص ٢٦٤ : ذكر في المبسوط أن متوهة قالت لرجل يا بن الزانين فجاه بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فحدها حدين في المسجد فبلغ أما حنيفة فقال : أخطأ في سبع مواضع بنى الحكم على إقرار المتوهة وألزمها الحد وحدها حدين وأقامها ممأ وفي المسجد وقائمة وبلا حضرة ولها . وقال في الدرر : ولم يتعرف أن أبويه حيان فتكون الخصومة لها أو ميتان فتكون الخصومة للابن .

(٢) انظر ص ٣١٢ الشرح الكبير على المغني جزء ١٠ .

في مبدأ الأمر لأنه ليس للإمام عليه ولاية الاستيفاء حيث لم يلتزم أحكام الإسلام . وفي قوله الأخير أنه يحد وهو قول الصحابين^(١) . إذ أنه التزم أن لا يؤذى وهو رأى المالكية^(٢) .

٣ - العفة والإحصان :

فهما شرط في المقدوف لا القاذف .

وقد أضاف صاحب المذهب شرطاً آخر في القاذف هو الاختيار، وهو شرط مفهوم بالضرورة^(٣) .

فإن قذف الوالد ولده أو قذف الجد ولد ولده فقد اختلف الفقهاء، فرى أبو حنيفة وأصحابه وعطاء والحسن والشافعي وإسحق والحنابلة أنه لا يحد . وهو رأى الشيعة .

وقال مالك^(٤) وأبو ثور وابن المنذر أن عليه الحد لعموم الآية . ولأنه حد فلا تمنع من وجوده قرابة الولاد كالزنا^(٥) .

ويشترط لإقامة الحد على القاذف شرطان :

الشرط الأول :

مطالبة المقدوف لأنه حق له فلا يستوفى طلبه كسائر الحقوق^(٦) .

ولو وكل الغائب من يطلب بحده صحح التوكيل في قول أبي حنيفة ومحمد

(١) انظر ص ١٩ المبسوط جزء ٩ ، انظر ص ٢٨٨ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٢٩١ المختصر النافع للحلي . وانظر ص ١٦٦ الحراج « فإن كان القاذف عبداً ضرب حد العبد أربعين ، فإن لم يكن ضرب بعد ما اقترف حتى أعترف ثم قدمه إلى الحاكم فإنه لا يزيده على الأربعين لأنها هي التي كانت وجبت عليه يوم القذف » .

(٢) المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٢٧٢ المذهب للشيرازي جزء ٣ .

(٤) انظر ص ٢٨ المدونة جزء ١٦ « كان مالك يستثقل أن يحد في ذلك الأمر ويقول ليس ذلك من البر » . والقول بالحد ضعيف في مذهب المالكية . والمذهب : أنه ليس للابن حد أبيه ولا أمه ولا تحليفهما ولا يمكن من ذلك إن طلبه كما في الشرح الكبير وحاشيته ص ٢٩٤ .

(٥) انظر ص ٢٠٨ المغني جزء ١٠ ، ٢٧٤ المذهب جزء ٢ ، ١٢٣ المبسوط جزء ٩ .

(٦) انظر ص ١٦ المدونة جزء ١٦ .

وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال : لا أقبل الوكالة في حد ولا قصاص^(١).

وعند الشافعي حضور المذدوف ليس بشرط للاستيفاء . وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته ، على أن هذا الحد عنده حد المذدوف خاصة فيتحرى فيه النيابة في الإثبات والاستيفاء^(٢).

الشرط الثاني :

أن لا يأتي بينة لقوله تعالى :

« والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية .

ولذلك يشترط عدم إقرار المذدوف لأنه في معنى البينة فإن كان القاذف زوجاً اعتبر شرط آخر وهو امتناعه عن اللعان ، وستكلم عن ذلك فيما بعد . ويجب الحد على القاذف في غير دار الإسلام لعموم الآية . ولأنه مسلم مكلف حر قذف محصناً تتوافر فيه الشروط وبهذا قال الشافعي وأحمد .

وقال الحنفية لا حد عليه لأنه في دار لا حد على أهلها .

كما إنه إن جاء القاذف بأربعة شهداء فساق فشهدوا على المذدوف بالزنا فقال الحنفية ، وعثمان البتي والليث بن سعد لا حد على الشهود وإن كانوا فساقاً .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في رجل قذف رجلاً بالزنا ثم جاء بأربعة فساق يشهدون أنه زان ، أنه يحل القاذف ويدبراً عن الشهود . وقال زفر يدبراً عن القاذف وعن الشهود .

وقال مالك وعبيد الله بن الحسن يحل الشهود^(٣).

(١) انظر ص ١١٤ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٥٤ البدائع جزء ٧ .

(٣) انظر ص ٣٤٥ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

وانظر ص ٨٨ ابن العربي جزء ٢ « لا يقيمه إلا بمطالبة المذدوف عند الجمهور وقال ابن =

٢- شروط يلزم توافرها في المقدوف :

لكي يقام الحد على القاذف يلزم أن يتوافر في المقدوف الشروط الآتية :

١- أن يكون محصناً .

٢- أن يكون معلوماً وإن لم يكن على قيد الحياة .

ونتكلم عن ذلك بتفصيل :

أولاً - شروط إحصاء المقدوف :

١- العقل : فإن كان المقدوف مجنوناً لا يجب الحد على القاذف ، بل يجب التعزير .

٢- البلوغ : فإن كان المقدوف صبيّاً اختلف الفقهاء، فقال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ورواية عن أحمد أنه يشترط لوجوب الحد البلوغ لأنه أحد شرطى التكليف فأشبهه العقل ولأن زنا الصبي لا يوجب عليه الحد فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون^(١) .

وقال مالك وإسحق ورواية أخرى عن أحمد أنه لا يشترط البلوغ لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه فأشبهه الكبير وحددوا لوجوب الحد عشرّاً للغلام وسبعاً للجارية وفي رواية تسعاً^(٢) .

أبي ليلي لا يقتصر إلى مطالبة الآدي ولعل ابن أبي ليل يقول ذلك إذا سمعه الإمام بمحضر عدول الشهود فيكون ذلك أظهر . ولكن بقي أن يقال أنه يحتمل أن يكون من حجة الإمام أن يقول أحده لأنه لم يدع عندي إثبات ما نسب إليه فإن ادعى سجنه ولم يخذه بحال .

وانظر ص ٧١ حاشية الشرنبلالي : « فإن طلب ثم عفا عن الحد سقط وهذا قال الشافعي وأبو ثور . وقال الحسن وأصحاب الرأي لا يسقط بعفوه لأنه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود »

(١) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ ، وانظر ص ١٩١ فتح التقدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٢١١ الشرح الكبير على المغني جزء ١٠ ، ص ٢٠٥ المغني جزء ١٠ ،

ص ٢٠٣ نفس المرجع ، ص ٢٠ المدونة جزء ١٦ مالك يشترط البلوغ في المقدوف بالزنا على المعتمد إذا كان فاعلاً وإلا فشرطه الإطاعة ولو لم يبلغ .

فاذا وجب الحد بقذف من لم يبلغ في رأى من يقول به لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد لعدم اعتبار كلامه وليس لوليه المطالبة عنه لأنه حق شرع للتشفي فلم يقيم غيره مقامه في الاستيفاء كالقصاص .

٣- الحرية : هل يلزم أن يكون المقذوف حراً فلا يكون عبداً أو أمة ؟ اختلف في ذلك الفقهاء .

أما الجمهور وهم (أبو حنيفة ومالك والشافعي والأوزاعي وسفيان الثوري وعثمان البقي ، وأصحابهم) فلا يرون الحد على قاذف العبد أو الأمة^(١) وحجتهم في ذلك ما روى عن أبي هريرة وعن أبي نعيم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « من قذف مملوكه بريئاً مما قال أقيم عليه الحد يوم القيامة . إلا أن يكون كما قال » .

وعن الحسن عن ابن عمر : « من قذف مملوكه كان لله تعالى في ظهره حد يوم القيامة إن شاء آخذه وإن شاء عفا عنه » .

وقد ناقش أبو محمد بن حزم هؤلاء الفقهاء الأجلاء مناقشة منطقية وخرج إلى رأى وهو أنه يحد قاذف الأمة والعبد وهو في ذلك يقول : « وأما قولهم لا حرمة للعبد ولا للأمة فكلام سخيف والمؤمن له حرمة عظيمة ورب عبد جلّف خير من خليفة قرشي عند الله تعالى » .

قال تعالى : « يأبى الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى » الآية . إلى قوله : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » والناس كلهم في الولادة أولاد آدم وامرأته ، ثم تفاضل الناس بأخلاقهم وأديانهم لا بأعراقهم ولا بأبداًهم . وقد

(١) وانظر ص ١٨٧ ابن العربى جزء ٢ .

« إذا رمى صبية يمكن وطؤها قبل البلوغ بالزنا كان قذفاً عند مالك . وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بقذف لأنه ليس بزناً إذ لا حد عليها وعول مالك على أنه تعبير تام بوطء كامل فكان قذفاً والمسئلة محتملة مشككة لكن مالك غلب حماية عرض المقذوف وغيره راعى حماية غن القاذف وحماية عرض المقذوف أولى لأن القاذف كشف ستره بطرف لسانه فلزمه الحد » .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام » فسوى عليه السلام بين حرمة العرض من الحر والعبد نصاً ولا سيما الخنفيون الموجبون القود على الحر للعبد وعلى الحرية للأمة فقد أثبتوا أن حرمتها سواء^(١).

وإنه رأى سليم سديد إذ أن التفرقة غير مفهومة إطلاقاً في هذا ، وإنما خفف الله عنهم العذاب إلى النصف في الحد الذي يتبعض لنقصان حالهم . وضعفهم بين الناس .

٤ - الإسلام :

يشترط في المقذوف أن يكون مسلماً حتى يجب الحد على قاذفه . وقد روى عن ابن المسيب وابن أبي ليلى أنه إذا قذف ذمية ولها ولد مسلم يحد^(٢).

ومن قذف من كان مشركاً وقال أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت إلى قوله . وحد القاذف إذا طالب المقذوف^(٣).

٥ - العفة عن الزنا :

وعفاف المقذوف الموجب لحد قاذفه هو السلامة من فعل الزنا قبل القذف وبعده .

والمطالب بإثبات عدم العفة هو القاذف لا المقذوف لأنه هو المدعى . وعلى المدعى لإثبات دعواه^(٤).

(١) انظر ص ٢٧٢ المحل جزء ١١ لابن حزم . ولكن هذه الأحكام جارية عليهم بين الناس في الدنيا لا عند الله في الآخرة وقد يكون العبد أقوى من الحر جسماً ومع ذلك عليه نصف الحد المقرر على الحر .

(٢) انظر ص ١٦٦ الخراج ، ص ٢٠٣ المفتى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٢٢٢ المفتى جزء ١٠ .

(٤) انظر ص ٢٨٩ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه عند بعض الحنفية سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر وعن إبراهيم النخعي وابن أبي ليلى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهماً فعليه الحد لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقاً^(١).

ومن قذف رجلاً فلم يقيم الحد حتى زنى المقذوف لم يزل الحد عن القاذف ، وهذا قال الثوري وأبو ثور والمزني وداود وأحمد .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا حد عليه^(٢) بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقيم الحد لأن وجود الزنا يقوى قول القاذف ويدل على تقدم الفسق منه فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها .

ولا حد على من قذف امرأة محدودة في الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أو لاعنت بولد لأن أماراة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة^(٣).

ولا يلزم في المقذوف ولا يسقط الحد عن قاذفه كونه معروفاً بالظلم والغصب والسرقه وشرب الخمر وأكل الربا^(٤).

(١) انظر ص ١١٦ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢١٩ المفتي ج ١٠ .

(٣) انظر المبسوط جزء ٩ ص ٢٧ إلى ٤٢ بدائع الصنائع .

(٤) انظر ص ١٧٥ الذخيرة للقرافي ، انظر ص ٧٤ مثلاً خسرو .

(٥) قال في البدائع فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على إقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف .

ويناقش ذلك مثلاً خسرو فيقول :

« في إقامة الحد على المقذوف بالبينة على إقراره نظر لأنه قد تقدم في كلام البدائع ما يناقض هذا وهو الصواب ونصه ولو أقر أى بالزنا أربع مرات في غير مجلس القاضى وشهد الشهود على إقراره لا تقبل شهادتهم لأنه إن كان مقراً فالشهادة لغو لأن الحكم للإقرار لا للشهادة . وإن كان منكراً فالإنكار منه رجوع والرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة حقاً لله صحيح . فقد أفاد بهذا صريحاً أنه لا حد على المقذوف بإقامة البينة على إقراره ولا حد على القاذف لإقامة البينة وهذا صريحاً أنه لا حد على المقذوف بإقامة البينة على إقراره ولا حد على القاذف لإقامة البينة ويمكن دفع المناقضة بحمل قول صاحب البدائع على اللف والنشر المشوش بإرجاع قوله سقط الحد عن القاذف إلى قوله أو على إقراره على الزنا وإرجاع قوله ويقام حد الزنا على المقذوف إلى قوله ، فإن أقام أربعة من الشهود عند معاينته الزنا من المقذوف ولكن لا يخفى ما فيه من التكاثف =

٦- كما يشترط أن لا يكون المقدوف مجبوراً ولا أخرس ولا خنثى مشكلاً ، وأن لا تكون المرأة المقدوفة رتقاء ولا خرساء .

فالمجبوب والرتقاء لا يجد قاذفهما لأنهما وإن صدق عليهما تعريف المحصن لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذب القاذف بيقين .

أما الأخرس فكلامه بالإشارة ولو كان ينطق ربما صدق القاذف وفي ذلك شبهة تدرأ الحد^(١) .

وقد قال بذلك الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر والحسن .

ويرى الحنابلة أن الحد يلزمه^(٢) لعموم آية القذف ولأنه قاذف لمحصن فيلزمه الحد كقاذف القادر على الوطء ولأن إمكان الوطء أمر خفي لا يعلمه كثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد فيجب كقذف المريض .

والقاذف من أهل البغي متى قذف رجلاً من أهل العدل في عسكريهم أو في عسكري أهل الحرب أو قذف رجل من أهل الحرب رجلاً منهم لم يجد واحد منهم لأنه ارتكب السبب وهو ليس تحت ولاية الإمام وقد بينا أن ولاية الاستيفاء إنما تثبت للإمام إذا ارتكب السبب وهو تحت ولايته وبدون المستوفى لا يجب الحد^(٣) .

= ولا يساعده كلام التحفة . وفي كلام الكمال ما يشير إلى هذا حيث قال : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقدوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف . وعن الثلاثة أى الذين أقامهم القاذف فشهدوا بالزنا لأن الثابت بالبينه كالثابت بالمعينة فكأننا سمعنا إقراره بالزنا إلا أن المعتبر في الإقرار اسقاط الحد لا إقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثر الشهود . وفي التتارخانية عن التهذيب إن شهد أربعة أنه أقر بالزنا لا حد عليهم ولا على الشهود على الزنا » .

(١) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ ، ص ٧١ الدر الحكام جزء ٢ ، ص ٢٠٣ المغنى جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢٠٣ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ .

٧ - وبشترط أيضاً أن يبقى المقتدوف متمتعاً بهذه الشروط التي وضعناها حتى يحذف القاذف .

فكما ذكرنا ؛ إذا زنى المقتدوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطئاً حراماً سقط الحد عن القاذف لأن إحصان المقتدوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد وقد زال إحصانه بهذا الوطء . وكذلك إذا ارتد المقتدوف وإن أسلم بعد ذلك فلا حد على القاذف لأنه قد سقط الحد لزوال إحصانه بالردة . وكذلك إن صار معتوهاً ذاهب العقل أو أخرس وبقي كذلك ، وبالحرس لا يزول إحصانه ولكن تتمكن شبهة من حيث أنه إذا كان ناطقاً ربما يصدقه ولهذا شرط بقاء الحرس حتى إذا زال الحرس وطالب بالحد فله ذلك بمنزلة المريض حتى يبرأ^(١).

ثانياً - أنه يكون المقتدوف معلوماً وإن لم يكن على قبر الحياة :
المقتدوف معلوم :

يلزم أن يكون المقتدوف معلوماً فإن كان مجهولاً لا يجب الحد كما إذا قال القاذف لجماعة ليس فيكم زان إلا واحد . أو قال لرجلين أحدهما زان لأن المقتدوف مجهول^(٢).

حياة المقتدوف :

يحذف القاذف ولو كان المقتدوف ميتاً فحياة المقتدوف ليست شرطاً

(١) انظر ص ١٢٧ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢٣٠ المغنى على الشرح الكبير ، وانظر ص ٢١٧ من المغنى جزء ١٠ .
« وإن قذف مجهولاً وادعى أنه رقيق أو مشرك وقال المقتدوف بل أنا حر مسلم فالقول قوله : وقال أبو بكر القول قول القاذف في الرق لأن الأصل براءة ذمته من الحد وهو يدرك بالشبهات وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعي كالوجهين . لنا أن الأصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت إلى ما خالفه كما لو فسر صريح القذف بما يحيله » وانظر ص ١٧٥ من الذخيرة جزء ٨ .

لوجوب العقوبة^(١) ووجوب الحد باعتبار إحصان المقدوف والموت يقرر إحصانه ولا ينفيه^(٢).

وقد اختلف الفقهاء فيمن له حق المطالبة بالحد .

فقال البعض يثبت لمن له حق الميراث منه، وهو قول الشافعي وأحمد^(٣) ومالك^(٤) ورواية عن محمد بن الحسن^(٥) وهو رأى الشيعة .

وقال آخرون يثبت لمن يلحقه الشين والعار بزناه^(٦) .

ولهذا يثبت للمحروم من الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت، كما يثبت لولد الابن، خلافاً لمحمد، ويثبت لولد الابن حال وجود الولد وهو قول الحنفية . وعند الشافعي لا يكون لابنه الكافر لأنه لا يرثه .

كما قال ابن أبي ليلى : الغائب كالميت لأن خضوعه تتعذر لغيبته كما هو متعذر لموته .

وقال صاحب المبسوط يستطيع الغائب أن يذيب أو يبعث بوكيل ليخاصم .

(١) انظر قال يا بن الزانية وأمه ميتة يحد لأنه قذف مخصنة بعد موئها .

(٢) انظر ص ١١٢ جزء ٩ المبسوط .

(٣) انظر ص ٢٥٥ أبو يعلى « وقال أبو بكر الحنبل في كتاب الخلاف : ولا يملك الوارث المطالبة كما لو قذف حياً ومات قبل المطالبة » .

(٤) انظر ص ٢٠ المدونة جزء ١٦ (قلت أرأيت الميت إذا قذف من يقوم بحده من بيده وله أولاد وأولاد وآباء وأجداد . قال ما سمعت من مالك فيه شيئاً إلا أنى أرى لولده وولد ولده وأبيه وأجداده لأبنته وأمه أن يقوموا بذلك . قلت أرأيت إن لم يكن لهذا الميت المقدوف وارث ولا قرابة فقام بحده رجل من المسلمين أيمكن من ذلك أم لا . قال « لا ») .

(٥) انظر ص ١٩٥ فتح القدير جزء ٤ ، ٢٧٥ المهذب جزء ٢ ، ٢٩٤ حاشية الدسوقي جزء ٤ وانظر ص ٢٩٩ المختصر النافع للحل .

(٦) انظر ص ٧٢ الدرر الحكام جزء ٢ لمن لا خسرو ، وانظر ٢٠٢ حاشية انشلابى على الزيلعى ، وانظر تفاصيل الموضوع بأكمله فى المبسوط ص ١٠٢ جزء ٩ وما بعدها .

فإن مات المقتدوف بعد ما ضرب القاذف بعض الحد فإنه لا يقام عليه ما بقى من الحد^(١) وكذلك إن غاب بعد ما ضرب بعض الحد لم يتم إلا وهو حاضر . كما لو عمى الشهود أو فسقوا بعد ما ضرب بعض الحد يدرأ عنه ما بقى^(٢) .

فلذا جن من له الحد لم يكن لوليه أن يطالب باستيفائه لأنه حق يجب للمتنسفي فأخر لإفاقته^(٣) .

قذف الجماعة :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد ومالك والثوري والليث: إذا قذفهم بقول واحد فعليه حد واحد، وقال ابن أبي ليلى إذا قال لهم يا زناة فعليه حد واحد وإن قال لكل إنسان يا زاني فلكل إنسان حد وهو قول الشعبي .

(١) انظر ص ٢٠٣ (الزيلي جزء ٣) «ويبطل بموت المقتدوف لا بالرجوع والعفو بين حد القذف يبطل بموت المقتدوف ولا يبطل بالرجوع عن الإقرار ولا بالعفو وكذا بموته في أثناء الحد يبطل لأن فيه حق الله تعالى وحق العبد فالنظر إلى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر إلى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود . وإنما قلنا بأن فيه الحقين لأنه من حيث أنه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقتدوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقاً للعبد ومن حيث أنه شرع زاجراً وإخلاء للعالم عن الفساد صار حقاً لله تعالى ولهذا سمي حداً فلما تعارضت فيه الأدلة تعارضت فيه الأحكام أيضاً فمن حيث أنه حق الله تعالى لا يباح القذف بإباحته ويستوفيه الإمام دون المقتدوف ولا يتقلب مالا عند سقوطه ، ويتنصف بالرق ولا يخلت القاذف ولا يؤخذ منه كفيل إلا أن يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل ويشترط فيه إحصائه ومن حيث أنه حق العبد تشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن وقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيماؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجوع ولا يصح الرجوع فيه عن الإقرار . فإذا تعارض فيه الحقان كان المذهب فيه حق الله عندنا . وعند الشافعي حق العبد الحاجتين . . » وانظر ص ١٤٤ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ١١٤ المبسوط جزء ٩ .

(٣) انظر ص ٢٧٥ المذهب جزء ٢ .

وقال عثمان البتي إذا قذف جماعة فعليه لكل واحد حد، وإن قال لرجل زנית بفلاتة فعليه حد واحد لأن عمر ضرب أبا بكرة وأصحابه حداً واحداً ولم يحدّم للمرأة، وقال الأوزاعي إذا قال يا زاني ابن زان فعليه حدان، وإن قال لجماعة إنكم زناة فحد واحد، وقال الحسن بن صالح إذا قال من كان داخل هذه الدار فهو زان ضرب لمن كان داخلها إذا عرفوا .

وقال الشافعي فيما حكاه المزي عن إذا قذف جماعة بكلمة واحدة فلكل واحد حد ، وإن قال لرجل واحد يابن الزانين فعليه حدان .

وقال الجصاص : إن قاذف جماعة من المحصنات لا يجلد أكثر من ثمانين ومن أوجب على قاذف جماعة المحصنات أكثر من حد واحد فهو مخالف للحكم الآتية « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » (١) .

اللعان :

كان حد قاذف الأجنبية والزوجات الجلد ، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لهلal بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحابة : « اثنتى بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك . » وقال الأنصار أيجلد هلال بن أمية وتبطل شهادته في المسامين ؟

فثبت بذلك أن حد قاذف الزوجات كان كحد قاذف الأجنبية .

وقد نسخ عن الأزواج الجلد باللعان لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهلal بن أمية حين نزلت آية اللعان « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم » (الآيات) اثنتى بصاحبتك فقد أنزل الله فيك قرآناً ولاعن بينهما .

وعلى ذلك إن كان المقدوف الزوجة والقاذف زوجها يحد إلا أن يلاعن منها .

(١) انظر ص ٢٣١ جزء ٣ الجصاص .

واللعان أن يقول في مكان عام أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا بفلان وأن هذا الولد من زنى وما هو منى ، إن أراد أن ينفى الولد ويكرر ذلك أربعاً .

ثم ، وفى الخامسة لعنة الله على " إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا بفلان إن كان ذكر الزانى بها وإن هذا الولد من الزنا وما هو منى .
فإذا قال هذا فقد أكمل لعانه وسقط حد القذف عنه ووجب حد الزنا على زوجته .

إلا أن تلاعن فتقول : أشهد بالله أن زوجى هذا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا بفلان وأن هذا الولد منه وما هو من زنا (تكرر ذلك أربعاً) .
ثم تقول فى الخامسة ، وعلى غضب الله إن كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا بفلان (١) .

فإذا أكملت هذه سقط حد الزنا عنها وانتفى الولد عن الزوج ووقعت الفرقة بينهما وحرمت عليه على الأبد .

أما إذا كان المقدوف الزوج والقاذف زوجته ، تحمد ولا تلاعن .
واللعان مصادر مأخوذ من اللعن أى البعد . وأصل اللعن الطرد والإبعاد قال الله تعالى « ويلعنهم اللاعنون » قال المفسرون أى يطردهم ويبعدهم عن رحمته (٢) . وشرعاً كلمات مخصوصة جعلت حججاً أى جعلها الله حجة لأن كل كلمة من الكلمات الأربع بمنزلة شاهد . فالكلمات الأربع بمنزلة الشهود الأربعة الذين هم حجة فى الزنا ونحوه (٣) .

فالزوج يتلى بقذف امرأته لدفع العار الذى ألحقته به ، والنسب الفاسد إن كان هناك ولد ينفيه . وقد يتعذر عليه إقامة البينة فجعل اللعان بينة له

(١) فإذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان لحق به الولد وحد للقذف ولم تحل له الزوجة عند

الشافعى وأب حنيفة . انظر ص ٢٢١ الماوردى .

(٢) انظر ص ١٩٧ الباجورى جزء ٢ .

(٣) انظر ص ١١٨ المهذب جزء ٢ .

وإن تيسرت له البينة لأن الشأن أن لا يجد بينة^(١) وقال ابن شبرمة يلاعن المسلم زوجته اليهودية إذا قذفها . وقال ابن وهب عن مالك ، الأمة المسلمة والحررة والنصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم . وكذلك العبد يلاعن زوجته اليهودية .

والمحدود في القذف يلاعن . وإن كان الزوجان جميعاً كافرين فلا لعان بينهما . والمملوكان المسلمان بينهما لعان .

وقال الأوزاعي لا لعان بين أهل الكتاب ولا بين المحدود في القذف وامرأته . وقال الليث بن سعد^(٢) في العبد إذا قذف امرأته الحررة أنه يلاعنها . والقذف الذي يوجب اللعان هو رمى الزوجة بالزنا أو بنفى الولد وقد اختلف الفقهاء في صفة القذف الموجب للعان .

فقال أبو حنيفة والصاحبان وزفر والشافعي إذا قال لها يا زانية وجب اللعان . وعلى هذا الرأي يلاعن الأعمى إذا قذف امرأته وقال مالك بن أنس والليث بن سعد يلاعن إلا أن يقول رأيتك تزنين أو ينفي ولدأ منها ومع ذلك فعندهما يلاعن الأعمى^(٣) .

ولو قذف امرأته مراراً يكفي لعان واحد كالحلد ، بخلاف ما إذا قذف جماعة من نسائه بكلمة واحدة أو كلمات حيث يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف الحلد . والفرق أن المقصود يحصل بحد واحد وهو دفع العار عن المقدوفين ولا يحصل في اللعان لأنه يتعذر الجمع في كلمات اللعان وقد يكون

(١) انظر ص ١١٩ المذهب جزء ٢ « إن الزوج إن قدر على البينة ولا عن جاز لأنهما يبتنان في إثبات حق فجاز إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى » .

(٢) الليث بن سعد هو فقيه مصر وعالمها . ولد بقلقشندة قرية بمصر سنة ٩٤ هـ رحل لطلب العلم إلى مكة وبيت المقدس وبغداد . وتقابل مع تسعة وخمسين تابعياً حدث عنهم . وكان يكتب الإمام مالك بالمدينة في مسائل الفقه والتشريع عرض عليه المنصور أن يكون والياً على مصر فأبى توفي بمصر سنة ١٧٥ هـ .

(٣) انظر ص ٣٥٥ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

بدأ به في الآية وبدأ به الرسول في لعان هلال بن أمية ولأن لعانه بينة الإثبات
ولعان المرأة للإنكار وتقدم بينة الإثبات .

٢ - آثار اللعان :

١ - سقوط الحد :

فإن لعان الزوج سقط عنه ، ما وجب بقلده من الحد ، والدليل على
ذلك ما روى عبد الله بن عباس في حادث هلال بن أمية أن الرسول قال :
« أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً » .

٢ - نفى النسب :

فينفى عنه الولد لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رجلاً لعن امرأته
في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وانتفى عن ولدها ففرق الرسول بينهما
وألحق الولد بالمرأة .

٣ - حد الزنا :

ويجب على المرأة حد الزنا لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد
كالشهادة ، ولا يجب على الرجل الذي رماها به حد الزنا لأنه يصح منه درء
الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان .

وللمرأة أن تدرأ عنها حد الزنا باللعان لقوله تعالى « ويدرأ عنها العذاب
أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين » ولا تذكر المرأة النسب في
اللعان لأنه لا دخل لها في إثبات النسب أو نفيه (١) .

٤ - الفرقة بعد اللعان :

قال أبو حنيفة والصاحبان لا تقع الفرقة بين الزوجين بعد اللعان حتى
يفرق بينهما القاضي .

وقال مالك وزفر والليث بن سعد إذا فرغا من اللعان وقعت الفرقة وإن
لم يفرق بينهما القاضي .

(١) انظر ص ١٢٧ المذهب ج ٢ .

وعن الثوري والأوزاعي : لا تقع الفرقة بلعان الزوج وحده .
 وقال عثمان البتي : إن الملاعنة لا توجب الفرقة ويلزم الطلاق .
 وقال الشافعي : إذا أكمل الزوج الشهادة والالتهان فقد زال الفراش
 ولا تحل له أبداً التعتن أو لم تلتعن .
 ورأى عثمان البتي والشافعي انفردا بهما عن سائر الفقهاء^(١) .

وإن أبت الزوجة حبست حتى تلاعن أو تصدقه لأنه حق مستحق عليها
 وهي تقدر على إيفائه فتحبس حتى توفى أو تصدقه فيرفع السبب .
 وقال الشافعي إذا امتنع الزوج من اللعان يحد لأنه وجب عليه الحد
 بالقذف إلا أن يتمكن من رفعه باللعان تخفيفاً عليه فإذا لم يدفع يحد، وكذا
 المرأة إذا أبت تحد الزنا لأن الزوج أوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن
 من رفعه باللعان^(٢) .

الركن الثالث - الفصل الجنائي :

في القذف العبري :

الأصل أن القذف يعاقب عليه ولو كانت الواقعة المسندة للمقذوف في
 حقه صحيحة وثابتة . وسواء كان الباعث على القذف خبيثاً أو شريفاً . والقانون
 لا يتطلب في جريمة القذف قصداً جنائياً خاصاً ، بل يكفي بتوافر القصد
 الجنائي العام الذي يتحقق فيها متى نشر القاذف أو أذاع الأمور المتضمنة
 للقذف وهو عالم أنها لو كانت صادقة لأوجبت عقاب المقذوف في حقه
 أو احتقاره عند الناس .

ولا يؤثر في توافر هذا القصد أن يكون القاذف حسن النية أي معتقداً

(١) انظر ص ٣٦٧ الجصاص في أحكام القرآن جزء ٣ .

وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف . وقال الطحاوي قول الشافعي
 خلاف القرآن والحديث (انظر ص ١٨ جزء ٣ الزيلعي) .

(٢) انظر ص ١٦ جزء ٣ الزيلعي .

صادقاً في البعض دون البعض فلا بد من اللعان مع كل واحدة ليحصل المقصود به وهو التفريق^(١).

١ - شروط اللعان :

للعان جملة شروط نذكرها بوجه الإجمال :

١ - أن يكون الزوج الملائع بالغاً عاقلاً مختاراً . ولا يلزم أن يكون مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً لقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم » . ولأن اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفي النسب ، فالكافر كالمسلم والعبد كالحر في ذلك .

وأما الصبي والمجنون فلا يصح لعانهما لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبي والمجنون كالطلاق .

وأما الآخرس فإنه إن لم يكن له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة فلا يصح لعانه ، فإن كانت له إشارة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه أصبح معبراً كالناطق^(٢).

٢ - أن يكون اللعان بأمر الحاكم لأنه كالمين في الدعوى فلا يصح إلا بأمر الحاكم^(٣).

٣ - أن يكون اللعان بحضور أربعة ، ويبدأ به الزوج لأن الله تعالى

(١) انظر ص ١٤ جزء ٣ حاشية الشلبي على الزيلعي .

(٢) وإن كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة فقذفها عزر ولا يحل له أن يلاعن لدرء

التعزير لأنه تعزير قذف .

فإن كانت الزوجة صغيرة لا يوماً مثلها فقذفها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لأنه ليس بتعزير قذف وإنما هو تعزير على الكذب لأن الصغيرة التي لا توماً لا يتصور منها الزنى وهي لا تحد أصلاً . انظر ص ١١٩ المذهب . جزء ٢ .

ويلاحظ هذا التفصيل في إشارات الآخرس لأن اللعان لإسقاط الحد لا لوجوبه وإثباته - أما فيما سبق فلم تراعى إشارة الآخرس لأنها كانت لإثبات الحد ووجوبه . ومع ذلك ترى الحنفية يقولون إنه لا لعان بقذف الآخرس . كذلك إذا كانت هي خرساء لأن قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه ورأى الشافعية هو الذي يتشبه مع المنطق (انظر ص ٢٠ الزيلعي جزء ٣) .

(٣) انظر ص ١٢٧ المذهب جزء ٢ .

صحة ما رى المجنى عليه به من وقائع القذف^(١).

وفى جريمة السب فإن القصد الجنائى يتوافر من مجرد إسناد العبارات
البذيئة إلى المجنى عليه ولا يغنى دفاع المتهم بأنه لا يحمل ضغينة للمجنى عليه
أو يرجو ثمرة خاصة من ورائه إذ لا عبرة بالبواعث فى هذا الشأن^(٢).

أما القصد الجنائى فى جرائم الإهانة فيتحقق متى كانت العبارة بذاتها
تحمل معنى الإهانة؛ فمجرد توجيه العبارات المهينة عمداً مهما كان الباعث على
توجيهها يوجب العقوبة.

فى الفقه الإسلامى :

رأينا أن التشريع الإسلامى لا يعاقب على هذه الجرائم إلا إذا كانت قذفاً
بالزنا أو بنفى النسب وخلاف ذلك من الجرائم يعاقب عليه بالتعزير لا بالحد
أى يعاقب عليه بعقوبات غير محددة على ما يرى القاضى خلافاً للقذف الذى
يعاقب عليه بثمانين جلدة.

والتشريع الإسلامى يستأزم توافر القصد الجنائى العام كما رأينا فى الفقه
الغربى ؛ نلاحظ ذلك من استقراء النصوص الخاصة بهذا الموضوع .

ورد فى المذهب للشيرازى :

« ومن لا يجب عليه الحد لعدم إحصان المذنوب أو لتعريض بالقذف
من غير نية - عزر ، لأنه آذى من لا يجوز أذاه »^(٣).

كما ورد فى نفس المرجع .

« ولا يجب الحد إلا بصريح القذف أو بالكناية مع النية كقوله يا فاجر -
فإن نوى به القذف وجب الحد »^(٤).

(١) انظر ص ١٤١ المسئولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القلى .

(٢) انظر حكم محكمة جنايات مصر الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ٤٧ القضية ٥٤٩ - ٦٠ الموسيقى

(٣) انظر ص ٢٧٤ المذهب جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٢٧٣ المذهب جزء ٢ .

وورد في الزيلعي :
ولو قال زنأت في الجبل وعنى الصعود حد، لأن ظاهر هذا اللفظ الفاحشة
لا الصعود وإن كان يستعمل فيها فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل
وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف .
وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحسد لأنه نوى ما يحتمله لفظه^(١).

المبحث الثاني الإثبات في القذف

يثبت القذف على القاذف بالشهادة وبالإقرار .

الإثبات بالبينة :

يثبت بشهادة رجلين^(٢). واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد
ويمين ، وبشهادة النساء^(٣).

قال الكمال بن الهمام « ويسألها القاضي ما هو وعن خصوص ما قال .
ولا بد من اتفاقهما على اللغة التي وقع بها إذ لو اختلف فيها بطلت الشهادة
وكذا الاتفاق على زمان القذف »^(٤).

فإن لم يعرف القاضي شهود القذف بالعدالة حبس القاذف حتى يسأل
عنهم لأنه صار متهماً بارتكاب جريمة القذف وهو كما قلنا نوع من الحبس
الاحتياطي .

فإن أقام المدعى شاهداً واحداً وأورى أن شاهده الآخر سيحضره في
يومين أو ثلاثة يحبس القاضي حين إحضاره عند أبي حنيفة ؛ وعند الصاحبين
يأخذ منه كفيلاً بنفسه ولا يحبس لأن أبا حنيفة لا يرى الكفالة بالنفس
في الحد^(٥).

(١) انظر ص ٢٠٤ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ١٦٥ الحراج .

(٣) انظر ص ٣٧٠ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٢ ، ١٢٧ المبسوط جزء ٩ .

(٥) انظر ص ١٠٧ المبسوط جزء ٩ ، ص ١١٥ نفس المرجع .

فإن جاء المَقْدُوف بشاهدين فشهدا أنه قذفه سئلا عن ماهيته وكيفيته لأنهم شهدوا بلفظ مبهم ، فالقذف قد يكون بالزنا وقد يكون بغير الزنا فإن لم يزيدوا على ذلك لم تقبل شهادتهم لأن المشهود به غير معلوم ولا يتمكن من القضاء بالجهول .

فإن قالوا نشهد أنه قال يا زاني قبلت شهادتهما وحد القاذف إن كانا عدلين لأنهما شهدا بالقذف بالزنا وهو موجب للحد بالكتاب والسنة . فإذا اختلف الشاهدان في الوقت أو المكان لم تبطل شهادتهما في قول أبي حنيفة . وعلى قول الصحابين لا يحل القاذف بهذه الشهادة^(١) ولا يقبل فيه شهادة النساء على النساء^(٢) ولا شهادة النساء على الرجال^(٣) ، ولا يقبل في القذف كتاب القاضي إلى القاضي ولا الشهادة على الشهادة .

ولو ادعى القاذف أن المَقْدُوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز . وكذلك الشهادة على الشهادة . وكتاب القاضي إلى القاضي لأن الشهادة ههنا قامت على إسقاط الحد لا على إثباته والشبهة تمنع من إثبات الحد لا من إسقاطه^(٤) .

ولأنما إن قذف رجل رجلا أمام القاضي فللقاضي أن يحده وإن لم يشهد به غيره إنما يشترط أن يكون ذلك أمامه . فإن علمه القاضي قبل أن يعين للقضاء ثم ولى القضاء ليس له أن يقيم الحد حتى يشهد به غيره^(٥) .

وإذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل لم يقيم عليه الحد لأن المستحق مجهول . ولا يطالبه بتعيينه لقوله عز وجل : « لا تسألوا عن أشياء إن

(١) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٢ ، انظر ص ١٩٩ الزيلعي جزء ٣ ، ١٠٨ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٣ .

(٣) انظر ص ١١٦ المبسوط جزء ٩ .

(٤) انظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٥) انظر ص ٢٠٣ حاشية الشلبى على الزيلعي جزء ٣ .

تبدلكم تسوكم » . وإذا سمع السلطان رجلا يقول زنى فلان، ففى ذلك وجنhan :
١ - أنه يلزمه أن يسأل المقدوف فإن كذبه وطالب بالحد حد . وإن
صداقه حد المقدوف .

٢ - أنه لا يلزم الإمام إعلاؤه لقول الرسول « ادرعوا الحدود بالشبهات »
ويرى مالك فى هذه الحالة أنه لا يجوز للقاضى ذلك إذا لم يكن شاهد
غيره . وإذا كان معه شاهد آخر أيضاً لم يقيم الحد هو . ولكن يرفع ذلك
إلى من هو فوقه فيقيم الحد (١) .

روى أن عمر بن الخطاب فى أيام خلافته رأى رجلا وامرأة على فاحشة
فجمع الناس وقام فيهم خطيباً وقال : ما قولكم إذا رأى أمير المؤمنين رجلا
وامرأة على فاحشة ؟ فقام على بن أبى طالب وأجابه بقوله : « يأتى أمير
المؤمنين بأربعة شهداء أو يجلد حد القذف ويصبح ساقط الشهادة إذا صرح
باسمى من رأاهما شأنه فى ذلك شأن سائر المسلمين . فسكت عمر ولم يعين
شخص من رأاهما (٢) .

ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا فى مكان القذف أو زمانه فإن شهد
أحدهما أنه قذف فى مكان كذا وشهد الآخر أنه قذف فى مكان آخر أو شهد
أحدهما أنه قذف يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذف يوم الجمعة، قبلت
شهادتهما ووجب الحد عند أبى حنيفة وهو رأى المالكية (٣) .
أما عند الصاحبين فلا تقبل هذه الشهادة .

ووجه قول أبى حنيفة أن اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب
اختلاف القذف لجواز أنه كرر القذف الواحد فى مكانين وزمانين لأن
القذف من باب الكلام . والكلام مما يحتمل التكرار والإعادة . والمعاد عين

(١) انظر ص ٢٧٦ المذهب جزء ٣ ، ٤ ، ٣٠ المدونة جزء ١٦ .

(٢) انظر ص ١٥٧ من كتاب حقوق الإنسان فى الإسلام للدكتور على عبد الواحد وافي .

(٣) انظر ص ٢٩٠ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

الأول حكماً وإن كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين^(١).

ووجه قول الصاحبين أنهما شهدا بقذفين مختلفين لأن القذف في هذا المكان والزمان يخالف القذف في مكان آخر وزمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذى شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت .

شهادة المحدود فى القذف :

وقد اختلف الفقهاء فى شهادة المحدود فى القذف بعد التوبة .

(١) فقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والثورى والحسن بن صالح لا تقبل شهادته إذا تاب وتقبل شهادة المحدود فى غير القذف إذا تاب .

(٢) وقال مالك وعثمان البتي والليث والشافعى تقبل شهادة المحدود فى القذف إذا تاب .

وقال الأوزاعى لا تقبل شهادة محدود فى الإسلام^(٢).

(٣) والسبب فى اختلافهم هو : هل الاستثناء « إلا الذين تابوا » يعود إلى الجملة المتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور . وذلك فى قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا » فمن قال يعود إلى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ، ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعاً قال ، التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد^(٣).

(١) انظر ص ٥٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٣٣٦ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ وانظر ص ١٦٦ الخراج فيمن تاب بعد حد القذف .

(٣) انظر ص ٣٧٠ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ وانظر ص ٢٠٦ فتح القدير جزء ٤ .

البيّات بالإقرار :

كما يثبت القذف على القاذف بالبيّنة يثبت بإقراره، فمن أقر بالقذف يحد حد القذف .

ومن شروط الإقرار بالقذف :

- ١ - أن يكون صادراً من بالغ عاقل .
- ٢ - أن يكون بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة .

ولا يشترط في الإقرار المذكور :

- ١ - البصر - فإقرار الأعمى صحيح .
 - ٢ - الحرية أو الذكورة أو الإسلام - فإقرار العبد أو الأنثى أو النسي أو المستأمن صحيح .
 - ٣ - العدد - فيكفي الإقرار مرة واحدة بإجماع الفقهاء .
 - ٤ - مادة معينة - فالإقرار يصح ولو مضت عليه مادة طويلة^(١) .
- ولا يقبل من المقر الرجوع عنه عند من يقول بأن حد القذف فيه حق للمعتذوف^(٢) .
- فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المعتذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف .

فإذا ثبت القذف على القاذف بإحقه ثلاثة أحكام :

- الأول : جلده ثمانين جلدة .
 - الثاني : بطلان شهادته .
 - الثالث : الحكم بتفسيقه إلى أن يتوب .
- وقد اختلف الفقهاء إلى رأيين .

(١) انظر ص ٥٠ بدائع الصنائع جزء ٧٠ .

(٢) انظر ص ١٩٩ فتح القدير جزء ٤ ، ١٠٩ المبسوط جزء ٩ ، ٧٣ منلا خسرو

الأول : قال الليث بن سعد والشافعي : تبطل شهادته وتلزمه سمة
الفسق قبل إقامة الحد عليه .

الثاني : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومالك : شهادته
مقبولة ما لم يحد^(١).

ويستدل الحنفية بما رواه عمرو بن شعيب عن أمه عن جده قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا
محدوداً في قذف » فأخبر النبي ببقاء عدالة القاذف ما لم يحد .

فإذا أقر القاذف بالقذف أو عجز عن إقامة البينة في الحال وطلب التأجيل
لإحضار الشهود ، يؤجل إلى انتهاء مجلس القاضي ، فإن عجز حد ، وإلا يؤجل
ليبحث في طلب الشهود ويحبسه الإمام حتى حضورهم^(٢).

تقادم هذه الجريمة :

هذه الجريمة لا تسقط بمضي المدة لأن التأخير عن الشهادة لا يدل على
الضعينة والتهمة . فالمقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين إقامة الحد
بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه بدعوى القذف فلا يتم
بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه^(٣).

ولو كان الزنا قد سقط بمضي المدة لعدم الشهادة عليه في رأى من يقول
بذلك ، فلا يحد قاذفه بذلك الزنا إن أحضر الشهود عليه .

ولو زنى رجل ومضت المدة القانونية ولم يحد في رأى من يقول بالتقادم
وقذفه رجل بذلك الزنا وأثبت زناه بالشهود فلا يحد القاذف^(٤).

(١) انظر ص ٣٣٤ جزء ٣ من أحكام القرآن للجصاص .

(٢) انظر ص ٧٤ الدرر الحكام جزء ٣ ، انظر ص ١٩٩ الزيلعي جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٤٧ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ١٩٩ الزيلعي جزء ٣ .

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي

أولاً : إن القذف في التشريع الوضعي شامل القذف بكل الجرائم كالزنا والسرقة والنصب وغير ذلك ، فمن يقول لآخر يا زاني يا نصاب يا مرتشي يعاقب بعقوبة القذف .

أما في التشريع الإسلامي فلا يعاقب بعقوبة القذف إلا من يقذف الآخر بالزنا أو بنفى النسب فقط .

ثانياً : إن القذف في التشريع الوضعي تكتمل أركانه ولو كان القاذف صادقاً ، فالقاذف يعاقب بعقوبة القذف ولو كانت الواقعة المسندة للمقذوف في حقه صحيحة وثابتة .

أما في التشريع الإسلامي فالقاذف تدرأ عنه العقوبة إذا أثبت جريمة الزنا على المقذوف . أي أن القاذف لا يعاقب إذا كانت الواقعة المسندة للمقذوف في حقه صحيحة^(١) .

ولنا ملاحظات ثلاث :

١ - أن القذف في التشريع الوضعي يعاقب عليه بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين جنياً ولا تزيد على مائتي جنياً أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .

وقد لاحظ المشرع أن هذه العقوبات قد تكون غير زاجرة في بعض الحالات فنهج المشرع الإسلامي في التشديد في العقوبة فنصت المادة « ٣٠٨ عقوبات مصري » على أنه إذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذي

(١) ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه عندنا « الخنفية » سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهماً وحكي عن إبراهيم وابن أبي ليلى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهماً فعليه الحد . انظر ص ١١٦ جزء ٩ المبسوط .

ارتكب طعناً في أعراض العائلات، وجب على القاضي الحكم بالحبس والغرامة معاً على أن لا تقل الغرامة في حالة النشر في الصحف أو الطرقات عن مائة جنيه مصري ، وأن لا يقل الحبس عن ستة شهور^(١).

٢ — أن القذف في التشريع يجب أن يكون علانية، فقد نصت على ذلك المادة «٣٠٣ عقوبات مصري» كما رأينا ذلك في هذا البحث في الفقه الإسلامي .

٣ — إن قانون الإجراءات الجنائية ينص في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه على أنه لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه ، أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة ، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في بعض المواد، وذكرت من ضمنها مواد القذف .

كذلك الحال في الفقه الإسلامي، لا يجوز للإمام أن يعاقب القاذف إلا إذا رفعت إليه الدعوى من المجني عليه أو من وكيله في قول بعض الفقهاء .

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد والأوزاعي والشافعي لا يحسد إلا بمطالبة المَقْدُوف .

وقال ابن أبي ليلى يحده الإمام وإن لم يطالب المَقْدُوف .

وقال مالك لا يحده الإمام حتى يطالب المَقْدُوف إلا أن يكون الإمام سمعه يقذف فيحده إذا كان مع الإمام شهود عدول^(٢).

(١) انظر ص ٤٨٧ من كتاب التشريع وأحكام القضاء .

(٢) انظر ص ٧١ متلا خسرو جزء ٢ ، انظر ص ٣٣٣ جزء ٣ أحكام القرآن للجصاص

الفصل الرابع

جرمة شرب الخمر

في الفقه الحربي :

تنص المادة ٣٨٥ فقرة ثانية على عقاب من وجد في حالة سكر بين الطرق العمومية أو في المحلات العمومية بغرامة لا تتجاوز جنهاً مصرياً أو بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع .

كما ينص القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ : على أنه إذا ارتكب قائد أية سيارة أى مخالفة لأحكام القانون وثبت أنه كان في حالة سكر بين فإنه يعاقب بعقوبة جنحة المرور .

فالقانون الوضعي لا يعاقب على السكر أو شرب الخمر في ذاته وإنما يعاقب إذا كان ذلك في الطرق العمومية أو في المحلات العمومية فقط . فهو يخشى ما يمكن أن يحدث ويخل بالأمن نتيجة السكر البين .

كما أن المشرع راعى المصلحة العامة عندما شدد العقاب على من يرتكب مخالفة وهو يقود سيارة وهو على درجة من السكر قد تفقده وعيه وتضرر بالآخرين .

في الفقه الإسلامي :

تدرج المشرع الإسلامي في تحريم شرب الخمر إلى أن نزلت الآية التي في سورة المائدة .

« يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم

العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متهمون .

وقد تكلمنا في هذا الموضوع بتوسع في بحث سابق لنا .
فنتكسر الآن على بيان الجريمة نفسها . فنتكلم عن أركان الجريمة وكيفية إثباتها .

المبحث الأول

أركان الجريمة :

- ١ - الركن المادى .
- ٢ - شروط في شارب الخمر .
- ٣ - القصد الجنائى .

الركن الأول - الركن المادى :

يحسن أن نوجه النظر إلى أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في شرب الخمر إلى مدرستين .

كل مدرسة لها حجج وأسانيد، فالخمر المستخرجة من العنب هي المحرمة باتفاق المدرستين سواء شرب قليلاً أو كثيراً ، سكر أم لم يسكر .
والخلاف في غيرها من المستخرج من غير العنب - فشرب القليل منه الذى لا يسكر حلال عند مدرسة أهل العراق، حرام فى رأى مدرسة الحجاز .
وبذلك تكون هناك جريمتان .

- ١ - جريمة شرب الخمر المستخرجة من العنب - القليل منه أو الكثير .
- ٢ - جريمة السكر من الأنبذة المستخرجة من غير نبيذ العنب .

وقد وجهنا النظر فى بحثنا للعقوبة فى الفقه الإسلامى إلى كلمة مأثورة عن أبى حنيفة ولا بأس من أن نذكر بها هنا وهى :

(١) انظر كتاب العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

« لو أعطيت الدنيا بخذافيرها لا أفتى بحرمته لأن فيه تفسيق بعض الصحابة . ولو أعطيت الدنيا بخذافيرها ما شربته لأنه لا ضرورة فيه » .

ونستطيع أن نقسم المادة المسكرة إلى نوعين :

١ - المادة المستخرجة من عصير العنب - وشربها محرم بالاتفاق ، القليل والكثير سواء أسكر أو لم يسكر .

٢ - المستخرج من التمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ، وشرب القليل الذي لا يسكر مباح في مذهب أبي حنيفة .

بل يقول صاحب البدائع :

« وأما الأشربة التي تتخذ من الأطعمة كالحنطة والشعير والدهن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحذر بشربها لأن شربها حلال عندهما . وعند محمد كان حراماً - لكن هي حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لأن الشرب إذا لم يكن حراماً أصلاً فلا عبرة بنفس السكر » (١) .

جرية شرب الخمر :

فشرب الخمر المستخرجة من نبيذ العنب وهو النبيء المشتد من ماء العنب حرام ولو قطرة واحدة منه (٢) .

والعقوبة تجب بالشرب وهو لا يكون إلا بالنهم إذا وصل إلى الحلق ولو لم يصل إلى الجوف . ولا يكون من الأنف ونحو ذلك ولو وصل إلى الجوف (٣) .

ويشترط لوجوب العقوبة بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب . فلو

(١) انظر ص ٤٠ بدائع الصنائع جزء ٧ . وانظر ص ١٨٤ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) وإذا شرب شيئاً يعتقد أنه خمر فثبت أنه غير خمر فلا يحد وعليه إثم الجراءة .

وانظر ص ٣١٣ من حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

(٣) انظر ص ٣١٣ المرجع السابق .

خلط الخمر بالماء ثم شرب، نظر ؛ فإن كانت الغلبة للماء لا حد عليه لأن اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء . وإن كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لأن اسم الخمر باق وهى عادة بعض الناس يشربونها ممزوجة بالماء^(١) . وعند المالكية هى خمر ما دام يسكر كثيرها .

وإن ترد فى الخمر أو اصطيغ به أو طبخ به لحماً فأكل من مرقته فعليه الحد لأن عين الخمر موجودة . وكذلك إن عجن به دقيقاً ثم خبز به فأكله لم يحد لأن الثار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق إلا أثره .

وإن احتقن بالخمر لم يحد لأنه ليس بشرب ولا بأكل . ولأنه لم يصل إلى حلقه فأشبه ما لو داوى به جرحه .

وهناك رواية عن أحمد ، على أن من احتقن به فعليه الحد لأنه أوصله إلى جوفه^(٢) .

وقد جاء فى كتب الفقه الحنفى :

اعلم أن جميع ما يستخرج من الأشربة أربعة :

١ - العنب .

٢ - التمر .

٣ - الزبيب .

٤ - الحبوب كالحنطة والشعير والذرة وغيرها .

واعلم أن للماء المستخرج منها حالتين .

فىء ومطبوخ ، والمطبوخ قد يطبخ حتى يبقى ثلثه وقد يطبخ حتى يبقى ثلثاه وقد يطبخ حتى يبقى نصفه .

والحرام من الأشربة أربعة والحلال أربعة .

(١) انظر ص ٤٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٣٢٩ المغنى جزء ١٠ .

أما الحرام فهي :

١ - الخمر، وهي التي من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة أو لم يقاف في رأى الصاحبين .

٢ - الطلاء ، وهو ماء عنب طبخ فذهب أقل من ثلثيه^(١).

وقال في المحيط : الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكراً . قال الزيلعي وهو الصواب .

لما روى أن كبار الصحابة رضی الله تعالى عنهم كانوا يشربون من الطلاء وهو ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه .

٣ - السكر^(٢) وهو النبيء من ماء الرطب ، كذا في الهداية والكافي .

٤ - - نقيع الزبيب نيئاً إذا غلت .

فالطلاء والسكر والنقيع تحرم عند أبي حنيفة إذا اشتدت وقذفت بالزبد وعند الصاحبين يكفي الاشتداد كذا في الخمر .

أما الحلال فهي :

١ - المثلث العنبي : وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وإن غلى واشتد وسكن من الغليان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند مالك ومحمد والشافعي قليله وكثيره حرام .

سئل أبو حفص الكبير عنه فقال : لا يحل شربه ، فقيل خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف فقال : لا لأنهما يحلان شربه لاستمرار الطعام . والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي .

٢ - - نبيذ التمر والزبيب مطبوخاً أدنى طبخة وإن غلى واشتد وسكن من

(١) وفي مختار الصحاح الطلاء ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه . وبعض العرب يسمى الخمر الطلاء تحسباً لاسمها . وانظر ص ٥٧ من الجزء الثالث من موطأ مالك . لم يبين فيه أنه من العنب ولا من غيره ، وفيه أن ذلك في زمن الوباء .

(٢) السكر نوع من الرطب شديد الخلوة ، والسكر « بفتحيتين » هو عصير الرطب إذا اشتد

الغليان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي ومالك حرام .
 ٣ - الخليطان وهو أن يجمع بين ماء التمر والزبيب مطبوخاً أدنى طبخة
 ويترك إلى أن يغلي ويشتد فإنه أيضاً يحل إذا شرب ما لم يسكر بلا هو وطرب .
 ٤ - نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وإن لم يطبخ .
 وقد حصل خلاف بين الحنفية أنفسهم فيما إذا كان يحل الذي يسكر من
 شرب هذه الأشربة الأربعة الأخيرة وانتهوا إلى رأيين كما ذكرنا (١) .

هل الخمر نجسة :

فهم الجمهور من تحريم الخمر ، واستخبات الشرع لها ، وإطلاق الرجس
 عليها ، والأمر باجتنابها - الحكم بنجاستها .
 وخالفهم في ذلك ربيعة والليث بن سعد والمزني صاحب الشافعي ،
 وبعض المتأخرين من البغداديين فرأوا أنها طاهرة ، وأن المحرم إنما هو
 شربها .

وقد استدلل سعيد بن الحداد القروي على طهارتها بسفكها في طرق المدينة
 قال : ولو كانت نجسة لما فعل ذلك الصحابة رضوان الله عليهم . ولنهي
 رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه كما نهى عن التخلي في الطرق .

قال المعارضون : إن الصحابة فعلت ذلك لأنه لم يكن لهم سروب « حفائر
 تحت الأرض » ولا آبار يريقونها فيها ، إذ الغالب من أحوالهم أنهم لم يكن
 لهم كنف في بيوتهم . وقالت عائشة رضي الله عنها إنهم كانوا يتقذرون من
 اتخاذ الكنف في البيوت ، ونقلها إلى خارج المدينة فيه كلفة ومشقة ، ويلزم
 منه تأخير ما وجب على الفور . وأيضاً فإنه يمكن التحرز منها ، فإن طرق
 المدينة كانت واسعة ولم تكن الخمر من الكثرة بحيث تصير نهراً يعم الطريق
 كلها ، بل إنما جرت في مواضع يسيرة يمكن التحرز منها (٢) .

(١) انظر ص ٨٧ مثلاً خسرو جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٢٨٨ جزء ٦ القرطبي .

جريمة السكر من غير الخمر :

شرب ما سوى الخمر من الأشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر أو الزبيب ونحو ذلك . حتى السكر - يعاقب عليه بالحد^(١) .

ولكن ما هو فيصل التفرقة بين الشرب والسكر . ومتى يعاقب السكران

من غير الخمر ؟

قال أبو حنيفة : السكر الذي يجب به الحد على صاحبه أن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض ولا الفرو من القباء .

وعند الصاحبين أن يهذى مطلقاً ، والمراد به أن يكون غالب كلامه هذياناً فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحة .

(١) انظر ص ٨٦ مثلاً خسرو « تنبيه : لم يتعرض المصنف لنوع يسمى العرق يستخرج بالاستقطار من فضلات الخمر ونجاسته معلومة غليظة لأصله . لكن ليس كحرمة الخمر بالنظر لعدم إكفار مستحله وعدم الحد بدون سكر لأنه ليس خمرأ فلا يلحق بها من كل وجه فليتأمل في حكم العرق . ثم رأيت مثل هذا في شرح النقاية للقهستاني » .

وانظر ص ٣٢٦ الجصاص جزء ١ « قال أبو بكر الجصاص : ويدل على ما ذكرنا من انتفاء اسم الخمر عن سائر الأشربة إلا ما وصفنا ما روى عن ابن عمر أنه قال لقد حرمت الخمر يوم حرمت وما بالمدينة يومئذ منها شيء وابن عمر رجل من أهل اللغة ومعلوم أنه قد كان بالمدينة السكر وسائر الأنبة المتخذة من التمر لأن تلك كانت أشربتهم ولذلك قال جابر عن عبدالله نزل تحريم الخمر وما يشرب الناس يومئذ إلا البسر والتمر . وقال أنس بن مالك : كنت ساقى عمرو من الأنصار حين نزل تحريم الخمر فكان شراهم يومئذ النضيج فلما سمعوا أراقوها فلما نفى ابن عمر تحريم الخمر عن سائر الأشربة التي كانت بالمدينة دل ذلك على أن الخمر عنده كانت شراب العنب التي المشتد وأن ما سواها غير مسمى بهذا الاسم ويدل عليه أن العرب كانت تسمى الخمر سبيشة ولم تكن تسمى بذلك الأشربة المتخذة من تمر النخيل لأنها كانت تجلب إليها من غير بلادها .

وانظر ص ٦١ من المدونة جزء ١٦ « قلت رأيت النبيذ إذا انتبذته أصبح لي أن أجعل فيه الدجين أو الدقيق أو السويق أو ما أشبهه ليشد به النبيذ قليلاً أو يتعجل به النبيذ ؟ قال : سألنا مالكا عنه فأرخص فيه وقال لا أرى به بأساً فسألناه بعد فنهى عنه » .

لأن السكران في العرف، من اختلط كلامه بجله بهزله فلا يستقر على شيء (١).
وعند مالك أن يستوى عنده الحسن والقبيح .

وعند الشافعي وأحمد، السكران هو من يخلط في كلامه على خلاف عادته
في صفة السكر .

قال الشعراني :

ووجه قول أبي حنيفة أن من لا يعرف السماء من الأرض أشد سكرًا
من لا يفرق في الكلام بين الحسن والقبيح كما أن من يخلط في كلامه فقط
أخف سكرًا من لا يفرق في الكلام بين الحسن والقبيح، كما أن من يخلط في
كلامه فقط أخف سكرًا من قبله فمن تورع في عدم إقامة الحد إذا لم يصل إلى
أعلى الحالات عنده فقد قل تورعه من جهة الغيرة على انتهاك محارم الله، ومن
تورع وأقام الحد بوجود أدنى الصفات دون ما فوقها فقد قل تورعه من جهة
احترام ذلك المسلم الشارب للمسكر . وإيضاح ذلك أن من لا يعرف السماء من
الأرض زال تمييزه بالكلية ومن لا يعرف المرأة من الرجل يدرك الأشخاص
ولكن جهل الأوصاف ومن اختلط كلامه يدرك السماء من الأرض ويميز بين
الرجل والمرأة ولكن عنده لمحات غيبته فربما كان عنده شعور في أول
كلماته ثم زال قبل أن يتمها، فالأئمة ما بين ناصر لظاهر الشريعة وما بين
محترم لذلك المسلم الشارب فلكل وجهة ومشهد (٢) .

وخلاصة القول في الخمر :

١ - أن الخمر : وهو ما اتخذ من عصير العنب ودخلته الشدة المطربة —
شربه من الكبائر وموجب للحد ولرد الشهادة إجماعاً ، لا فرق بين كثيره
وقليله الذي لا يسكر .

(١) قال القاضي أبو الوليد : فلا يحسد إلا أن يسكر وقد جالس مالك سفيان الثوري
وغيره من الأئمة من يرى شرب النبيذ مباحاً فادعوا للحد مع تظاهروهم لشربه ومناغرتهم عليه
(لأنهم لم يسكروا) ، انظر ص ٢٨٧ الذخيرة جزء ٨ .

والقباة نوع من الملابس ، وانظر ص ٦٩ جزء ٢ من لا يخسر .

(٢) انظر ص ١٧١ الميزان الكبرى جزء ٢ للشعراني .

٢- وأما النبيذ : وهو ما اتخذ من ماء الزبيب أو البلع مثلاً ودخلته الشدة المطربة - فشرب القدر المسكر منه كبيرة وموجب للحد وترد به الشهادة لإجاءاً .

٣- وأما شرب القدر الذى لا يسكر من النبيذ لقلته فاختلف فيه :

(أ) قال مالك : إنه كبيرة ، وموجب للحد ، ولرد الشهادة .

(ب) وقال الشافعى وبعض المالكية : إنه صغيرة ؛ لا يوجب حداً ولا ترد به الشهادة .

(ج) وعند أبى حنيفة : لا إثم فى شربه ؛ بل هو جائز فلا حد فيه ولا ترد به الشهادة ، فإذا كان لا يسكر الشخص إلا أربعة أقداح ؛ فلا يحرم عنده إلا القادح الرابع .

(د) قيد بعض الحنفية جواز شرب القليل الذى لا يسكر بما إذا كان الشرب للتقوى على الجهاد ونحوه لا لجرد اللهو^(١) .

الركن الثانى - شروط فى سائر الخمر :

يشترط فى المتهم شروط نذكرها :

١- العقل :

٢- البلوغ :

فلا حد على المجنون والصبي الذى لا يعقل ففعاعهما لا يوصف بالجناية .

٣- الإسلام :

فلا حد على الذى والحربى المستأمن بالشرب ولا بالسكر فى ظاهر الرواية . لأن شرب الخمر مباح عند أهل الذمة . وعن الحسن بن زياد أنهم إذا شربوا وسكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب لأن السكر حرام فى الأديان كلها

(١) انظر هذه الخلاصة فى الدسوق على الشرح الكبير ص ٣١٣ جزء ٤ .

٤ - الاختيار :

فمن شرب مكرهاً أو مضطراً فلا حد عليه ولا إثم سواء أكره بالوعيد أو الضرب إلى شربها بأن يفتح فوه وتصب فيه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . وكذلك المضطر لإليها لدفع غصته به إذا لم يجد ماء سواها فإن الله تعالى قال في آية التحريم « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

وإن شربها للعطش ، نظرنا : فإن كانت ممزوجة بما يروى العطش أبيحت لدفعه عند الضرورة كما تباح الميتة عند الخمصة ، وإن شربها صرفاً أو ممزوجة بشيء لا يروى من العطش أو شربها للتداوى لم يباح له ذلك وعليه الحد . وقال أبو حنيفة يباح شربها لها .

وللشافعية وجهان كالمذهبيين : ووجه ثالث ؛ يباح شربها للتداوى دون العطش لأنها حال ضرورة (١).

٥ - ولا يشترط :

(أ) الذكورة : فيجب الحد على الذكر والأنثى .

(ب) الحرية : وحد الرقيق يكون على النصف من حد الحر (٢).

الركن الثالث - القصد الجنائي :

يشترط لوجوب الحد أن يكون الشارب قاصداً الشرب أو السكر فإن كان لا يعلم أنه مسكر من النبيذ وكان قد شربه طوعاً فلا يعاقب بالحد لأن السكر من المباح لا يوجب الحد (٣).

وقد ورد في الشرح الكبير على المعنى :

« ويشترط لوجوب الحد على من شربها أن يعلم أن كثيرها يسكر » .

(١) انظر ص ٣٣٠ المعنى جزء ١٠ . والمالكية لا تبيح الخمر إلا للغصة فقط .

(٢) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٨٣ فتح القدير جزء ٤ .

لم يعلم فلا حد عليه لأنه غير عالم بالتحريم ولا قصد ارتكاب المعصية بها فأشبهه من زفت إليه غير امرأته . وهذا قول عامة أهل العلم ، فأما من شربها غير عالم بتحريمها فلا حد فيه أيضاً لأن عمر وعثمان قالا : لا حد إلا على من علمه ، ولأنه غير عالم بالتحريم أشبه من لم يعلم أنها خمر . ومتى ادعى الجهل بتحريمها وكان ناشئاً ببلد المسلمين لم تقبل دعواه لأن هذا لا يكاد يخفى على مثله فلم تقبل دعواه فيه . وإن كان حديث عهد بالإسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة عن البلد قبل منه لأنه يحتمل ما قاله ^(١) .

فإن ظن شخص أن شرباً معيناً غير مسكر فشربه لم يحد وإن سكر ، كما لو وطئ أجنبية يظنها امرأته لا يحد ^(٢) .

المبحث الثاني

الإثبات في جريمة شرب الخمر

ثبتت هذه الجريمة كغيرها من الجرائم بأمرين :

١ - شهادة الشهود .

٢ - بالإقرار .

شهادة الشهود :

يشهد رجلان عدلان أنه شرب الخمر ، وشهادة النساء مع الرجال لا تقبل لأنها مورثة للشبهة — فإن شهدا بالشرب فقط يأمر القاضي باستنكاهه . فيستنكاهه ويخبره بأن ريحها موجودة . فإن زالت لبعده الطريق لا بد أن يشهدا

(١) انظر ص ٣٣٤ الشرح الكبير على المفتى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ٢٨٨ الذخيرة جزء ٨ مخطوط ، وانظر ص ٣٣٢ الشرح الكبير على

المفتى جزء ١٠ .

« وإن وجد سكران أو تقياً الخمر فمن أحمد لا حد عليه لاحتمال أن يكون مكرهاً أو لم يعلم أنها تسكر وهذا مذهب الشافعي » .

وورد في الحلى الشيعي ص ٣٠ « ويسقط الحد عن جهل المشروب أو التحريم » .

بالشرب ويقولوا أخذناه وريحها موجودة^(١).

ويسأل القاضي الشهود عن الخمر ما هي ثم يسألهم كيف شرب لاحتمال الإكراه . وأين شرب لاحتمال أنه شرب في دار الحرب^(٢).

كما أنه لا حد على من توجد منه رائحة الخمر لأن وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز أنه تمضمض بها ولم يشربها أو شربها من إكراه أو مغمضة ، وكذلك من تقيأ خمرًا لما ذكرنا^(٣).

وإن شهد اثنان أن الذي به رائحة خمر واثنان أنها ليست رائحة خمر حد وهذا عند المالكية^(٤) وهو رأى غريب فالحدود تدرأ بالشبهات وفي اختلاف الشهود شبهة ؛ لأن المثبت يقدم على النافي فليس الاختلاف هنا شبهة عندهم تدرأ الحد . ولو شهد واحد بشربها وآخر بتقيئها حد الشارب^(٥).

الإثبات بالإقرار :

إقرار الشخص حجة عليه . وهل يكفي الإقرار مرة واحدة ؟

يرى أبو حنيفة ومحمد أنه يكفي الإقرار الواحد لوجوب الحد لأنه حد لا يتضمن إتلافاً فأشبه حد القذف^(٦) . ومثل ذلك عن المالكية .

(١) انظر ص ١٩٥ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبى ، ١٧٨ فتح القدير جزء ٤ .
« الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فيلزم أن يشهدوا أنه سكر من غير الخمر مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر » .
وانظر ص ٣٠٠ المختصر النافع للحلى « ويثبت بشهادة عدلين أو الإقرار مرتين من مكلف حر مختار » .

(٢) انظر ص ٧٠ حاشية الشرنبلالى على مثلاً خسرو جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٤٠ البدائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ٢٨٦ الذخيرة جزء ٨ ، ٣٨٥ من الشرح الصغير جزء ٢ ، الكبير

٣١٤ جزء ٤ .

(٥) انظر ص ٣٠٠ الحلى وهو رأى الشيعة . والمالكية ٣١٤ كبير جزء ٤ ، ٣٨ صغير ٢

(٦) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

وعن أبي يوسف وزفر أنه يشترط أن يقر مرتين في مجلسين اعتباراً
بعدد الشهود^(١). وكذلك عند الشيعة .

والأنحرس لا يحد بإشارته بشره .

ويسأل القاضى المقر عن الخمر ما هي وكيف شربها وأين شربها ؟ .

وإذا رجع المقر عن إقراره قبل رجوعه لأنه خالص حق الله فيقبل
الرجوع فيه كسائر الحدود ، وهذا لأنه يحتمل أن يكون صادقاً فصار شبهة
والحدود تدرأ بها .

وأما إذا أقر بحد وهو سكران فلا يقبل لأن الإقرار يحتمل الكذب .
وفي إقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرى بالشبهات مثل
الزنا والشرب ، إلا أنه يقبل لإقراره في السرقة في حق المال لأنه من حقوق
العباد . ولأن السكران لا يكاد يثبت على شيء فأقيم السكر مقام الرجوع فيما
يحتمل الرجوع ؛ بخلاف الإقرار بحد القذف وغيره من حقوق العباد لأنه
لا يحتمل الرجوع^(٢).

والإقرار بالشرب لا يبطله التقادم عند محمد كما لا يبطله في حد الزنا
بالاتفاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يبطله التقادم كما تبطل الشهادة .

وقد رجح الزيلعي والكمال بن الهمام رأى محمد .

والتقادم فى رأى محمد مقدر بستة أشهر ، أو مفوض إلى رأى القاضى ،
أو بشهر ، وعند أبو حنيفة وأبو يوسف هو بزوال الرائحة^(٣).

(١) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٩٧ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبى ص ١٩٦ وانظر ص ١٨٦

فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٩٦ الزيلعي جزء ٣ ، ١٧٩ فتح القدير جزء ٤ « وإن أقر بعد ذهاب

رائحته لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب
ريحها أو ذهب السكر من غيرها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع
قبول الشهادة بالاتفاق غير أن هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد باعتبار حد الزنا أى ستة
أشهر أو مفوض إلى رأى القاضى أو بشهر وهو المختار » .

وعند بعض الحنفية أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها . واشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما رواه عبد الرازق عن سفيان الثوري . وقد استبعده بعض أهل العلم^(١).

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها إذا لم يشاهد منه الشرب أو يقر على نفسه لأن الرائحة محتملة . وكذا الشرب قد يقع عن إكراهه أو اضطراره^(٢). وهو رأى الثوري وأبي حنيفة والشافعي . وقال البعض : يجلد إذا عرف أن ذلك يسكر وهو المأثور عن الخلفاء الراشدين وهو مذهب مالك وأحمد . في غالب بوضوحه^(٣) . وذلك لأن ابن مسعود جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر^(٤).

(١) انظر ص ١٨٠ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٨٤ المرجع السابق .

وانظر ص ٧٠ مثلا خسرو جزء ٢ : لا يحد إن شهد عليه بعد زوال الرائحة أو تقيأها أو وجد ريحها منه بلا إقرار أو شهادة أو رجوع عن إقرار شرب الخمر . أما عدم الحد بعد زوال الرائحة فلائن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وهو شرط قيام الرائحة .

وأما عدمه بتقيؤها ووجد أن ريحها فلائن الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع بإكراه واضطرار . ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من التبيذ وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك . وكذا شرب المكروه لا يوجب الحد .

وأما عدمه بالرجوع عن إقراره فلائن خالص حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع . وأما عدمه في إقرار السكران فلزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتمل في درئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق المبد والسكران فيه كالمساحي عقوبته عليه كما في سائر تصرفاته .

(٣) انظر ص ١١٦ السياسة الشرعية لابن تيمية .

(٤) انظر ص ٣٣٢ المغنى جزء ١٠ .

الفصل الخامس

القتل والضرب والجرح

بعد أن انتهينا من الحدود وهى الجرائم التى إذا توافرت أركانها وشروطها يلزم أن يقضى فيها القاضى بالعقوبة التى حددها الشارع . نتكلم عن نوع آخر من الجرائم هى جرائم القتل والضرب والجرح وهى جرائم وإن أطلق البعض عليها أنها من الحدود^(١) إلا أنها جرائم ذات طبيعة خاصة لا هى بالحدود ولا هى بالتعزير . وهى التى درج فقهاء الشريعة على بحثها فى باب القصاص والدية .

والحدود كالقصاص إلا فى أمور نذكرها^(٢) :

- ١ - يجوز للقاضى القضاء بعلمه فى القصاص دون الحدود .
- ٢ - القصاص يورث والحد لا يورث .
- ٣ - يصح العفو فى القصاص ولا يصح فى الحد .
- ٤ - التقادم لا يمنع الشهادة بالقتل بخلاف الحد سوى حد القذف .
- ٥ - القصاص يثبت بإشارة الأخرس وكتابتة بخلاف الحد .
- ٦ - تجوز الشفاعة فى القصاص ولا تجوز فى الحد .
- ٧ - لا بد فى القصاص من الدعوى بخلاف الحد سوى حد القذف .
- ٨ - يشترط الالتجاء للإمام لاستيفاء الحد دون القصاص^(٣) .

(١) قول سيف الإسلام فى مبسوطه . انظر رسالة مخطوطة بدار الكتب معنونة بعنوان الحدود والأحكام .

(٢) انظر ص ٥٤٢ ابن عابدين جزء ٥ .

(٣) انظر ص ١٨٤ المهذب جزء ٢ « لا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان فإن استوفاه من غير حضرة السلطان ففى رأى روايتان أحدهما أنه يعزر وفى الأخرى لا يعزر » .

٩ - يجوز الاعتياض في القصاص ولا يجوز في الحدود ولا في حد القذف حتى لو دفع القاذف مالا للمقذوف ليسقط حقه فإنه يرجع به .

١٠ - يصح الرجوع عن الإقرار في الحد ولا يصح في القصاص .
وقد سبق أن أوضحنا في بحث سابق لنا أن جريمة القتل تهمين عليها في الإسلام السلطة العامة من ناحيتين :

١ - أن الذي ينفذ القصاص هو ولي الأمر أو من يفوضه في ذلك وليس هو المحبى عليه أو ولي الدم وإلا كان في ذلك فساد وتخريب وولى الأمر ينفذ ما يختاره المحبى عليه أو وليه من قتل أو عفو أو دية .

٢ - إذا عفا ولي الدم عن الجانى فلا يسقط حق السلطة العامة فيعزر بالجلد مائة والسجن عاماً وبهذا قال مالك والليث وعمل به أهل المدينة وروى عن عمر بن الخطاب (١) .

وهذا الفصل يحتاج في بحثه بتفصيل إلى مجلدات عديدة ولكننا لضيق المقام نختصر في بحثه فتكلم عن كل جريمة من الجرائم التي ذكرناها .

المبحث الأول

جريمة القتل

في الفقه العربي :

القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمداً وبغير حق بفعل إنسان آخر فيجب أن تكون نية الجانى موجهة إلى القتل لا إلى الاعتداء فقط . فإذا لم تكن نية القتل مقترنة بفعل الاعتداء مهما ترتب عليها من نتائج لا يعتبر الاعتداء قتلاً عمداً : ولو ترتب على ذلك موت المحبى عليه .

وعلى ذلك فأركان جريمة القتل ثلاثة :

(١) انظر ص ٦٨ من كتاب العقوبة في الفقه الإسلامى للمؤلف .

- ١ - وجود إنسان على قيد الحياة أزهدت روحه .
- ٢ - وقوع فعل عمدي من الجاني من شأنه إحداث الموت .
- ٣ - أن يكون قصد الجاني إحداث هذه النتيجة .

في الفقه الإسلامي :

القتل هو فعل مؤثر في إزهاق الروح : وهو على ما ذكر في المبسوط ثلاثة أقسام : عمد ، وخطأ ، وشبه عمد^(١) .

القتل العمد

وهو قتل آدمي قصداً بسلاح ونحوه . ونبحث أركان جريمة القتل العمد في الفقه الإسلامي نهجاً على طريقتنا في البحث المقارن بالفقه الغربي .

الركن الأول : وجود إنسان على قيد الحياة أزهدت روحه

يلزم أن يكون الخني عليه إنساناً كان على قيد الحياة ثم أزهدت روحه حتى يجب القصاص وهو عقوبة القتل العمد فإذا قد رجلا ملفوفاً في كساء ثم ادعى أنه قد قده وهو ميت وقال الولي بل كان حياً ، ففيه قولان : أحدهما أن القول قول الجاني لأن ما يدعيه محتمل والأصل براءة الذمة . والثاني أن القول قول الولي لأن الأصل حياته وكونه مضموناً فصار كما لو قتل مسلماً وأورى أنه كان مرتد^(٢) .

قال أبو محمد بن حزم : « فمن جرح ميتاً أو كسر عظمه أو أحرقه فلا شيء عليه في ذلك . أما القتل فلا شك فيه لأنه ليس قاتلاً^(٣) » .

(١) وهو قول أبي حنيفة وكان أبو بكر الرازي يقول هو خمسة أقسام : عمد وشبه عمد وخطأ وجاري مجرى الخطأ وقتل بتسبب . انظر ص ٥٩ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٢١٥ المهذب جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٤٠ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

١ - وعلى ذلك فلا يعد قتل الجنين في بطن أمه قتلا بالمعنى المقصود في هذا الباب ففيه عقوبة خاصة .

روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في جنين امرأة من بنى لحيان بغرة : عبد أو أمة .

وعنه قال : اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاخصمها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنيها غرة : عبد أو وليدة^(١) .

٢ - ولا يعد قتل الحيوان داخلا في هذه الجريمة .

والاعتداء على الحياة يعتبر قتلا مهما كانت جنسية المحنى عليه أو نوعه أو سنه أو حالته أو صحته . وإنما يلزم أن نتعرض بشيء من التفصيل لما خاض فيه الفقهاء بخصوص حرية القتل أو ديانته أو أنوثته .

قتل العبد عمداً :

اختلف في ذلك العلماء فقال مالك^(٢) ، والشافعي^(٣) والليث بن سعد

(١) انظر ص ١٢ التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول وانظر ص ٨٧ المبسوط جزء ٢٦ والغرة عند بعض أهل اللغة المملوك الأبيض ومنه غرة الفرس وهو البياض الذى على جبينه . والغرة خمسمائة درهم وفي قول مالك ستائة درهم ، وغرة الشهر أوله .

وهذه أول مقادير الدية ، نصف عشر الدية أى دية الرجل لو كان الجنين ذكراً وعشر دية المرأة لو كان أنثى وكل منهما خمسمائة درهم في سنة . وقال الشافعي في ثلاث سنين كالدية . وقال مالك في ماله . (في العمد وفي الخطأ تفصيل) ولنا فعله عليه الصلاة والسلام « فإن ألقته حياً فأت فدية كاملة » وإن ألقته ميتاً فأت الأم فدية في الأم وغرة في الجنين لما تقرر أن الفعل يتعدد بعدد أثره . وصرح في الذخيرة (تتعدد الغرة لو لجنينين) انظر ابن عابدين ص ٤١٠ .

(٢) انظر ص ١٦٤ المدونة جزء ١٦ ، انظر ص ٤٣٨ الذخيرة جزء ٨ .

قال : وقال مالك ليس يقاد العبد من الحر ولا تقاد الأمة من الحرية ولا يقاد الحر من العبد ولا الحرية من الأمة إلا أن يقتل العبد الحر فيقتل به . (إلا في النيلة وهي القتل للمال فيقتل الحر بالعبد) .

(٣) انظر ص ٢٨ الأم جزء ٧ للشافعي : قال الشافعي إذا كان الحر القاتل للعبد فلا قود =

وأحمد^(١) وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد . واحتجوا بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد » وهو رأى الشيعة^(٢) .

وقال أبو حنيفة^(٣) وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه .
وقال آخرون منهم إبراهيم النخعي : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القتاتل أو عبد غير القتاتل^(٤) .

وقد احتج الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم » .
وما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من قتل عبده قتلناه به » .

ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر .

قتل الكافر :

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

١ - قال الشافعي وأحمد وابن شبرمة والثوري والأوزاعي وداود لا يقتل مؤمن بكافر . وهو رأى الشيعة .
وعملتهم في ذلك ما روى من حديث علي أنه سأله قيس بن عباد

بينهما أيضاً في نفس ولا غيرها . قال الشافعي إنما منعنا من قود العبد من الحر مالا اختلاف بيننا فيه والسبب الذي قلناه له مع الاتباع أن الحر كامل الأمر في أحكام الإسلام والعبد ناقص الأمر في عام أحكام الإسلام وفي الحدود فيما ينصف منها بأن حده نصف حد الحر ويقذف فلا يجد له قاذفه ولا يرث ولا يورث ولا تجوز شهادته ولا يأخذ سهماً إن حضر القتال .

(١) انظر ص ٢٥٧ أبو يعلى .

(٢) انظر ص ٣٠٩ المختصر النافع للحلى .

(٣) انظر ص ١٣٥ - ١٣٧ أحكام القرآن للجصاص جزء أول .

(٤) انظر ص ١٢٩ المبسوط جزء ٢٦ ، ١٥٩٠ ، الخراج . انظر ص ٣١٠ المختصر النافع للحلى .

والأشتر هل عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده إلى الناس .
قال لا : إلا ما في كتابي هذا وأخرج كتاباً من قراب سيفه فإذا فيه
« المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ،
ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده . من أحدث حدثاً أو آوى
محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » أخرجه أبو داود .

وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : لا يقتل مؤمن بكافر . واحتجوا في ذلك بإجماعهم على أنه
لا يقتل مسلم بالحربي الذي .

٢ - قال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وعثمان البتي أنه يقتل المؤمن
بالكافر الذي (١) .

(١) انظر ص ٢٧ ابن العربي جزء ١ .

« قال ابن العربي . ورد علينا بالمسجد الأقصى سنة سبع وثمانين وأربعمائة فقيه من عطاء
أصحاب أبي حنيفة يعرف بالزوزني زائراً للخليل صلوات الله عليه فحضرنا في حرم الصخرة
المقدسة طهرها الله معه وشهد علماء البلد فمثل عن العادة في قتل المسلم بالكافر فقال : يقتل به
قصاصاً فطولب بالدليل فقال الدليل عليه قوله تعالى : « يأبى الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في
القتل » وهذا عام في كل قتيل . فاشتدب معه للكلام فقيه الشافعية بها وإمامهم عطاء المقدسي وقال :
ما استدل به الشيخ الإمام لا حجة له فيه من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الله سبحانه وتعالى قال : « كتب عليكم القصاص » فشرط المساواة في المجازاة
ولا مساواة بين المسلم والكافر فإن الكافر حط منزله ووضع مرتبته .

الثاني : أن الله سبحانه وتعالى ربط آخر الآية بأولها وجعل بيانها عند تمامها فقال « كتب
عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني » فإذا نقص العبد عن الحر بالرق
وهو من آثار الكفر فأحرى وأولى أن ينقص عنه الكافر .

الثالث : أن الله سبحانه وتعالى قال : « فن عفى له من أخيه شيء » ولا مؤاخاة بين المسلم
والكافر فدل على عدم وصوله في هذا القول . فقال الزوزني بلى ذلك دليل صحيح وما اعترضت به
لا يلزمي منه شيء . أما قولك أن الله تعالى شرط المساواة في المجازاة فكذلك أقول . وأما دعواك
أن المساواة بين الكافر والمسلم في القصاص غير معروفة فغير صحيح فإنها متساويان في الحرمة
التي تكفي في القصاص . وهي حرمة الدم الثابتة على التأييد . فإن الذي يحقون الدم على التأييد
والمسلم يحقون الدم على التأييد وكلاهما قد صار من أهل دار الإسلام . والذي يحقق ذلك أن المسلم -

واعتمدوا في ذلك آثاراً منها حديث ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمي قال : قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أنا أحق من وفي بعهدہ .

وروا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مؤمن بكافر » ، أى أنه أريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد .

ومن طريق القياس فإنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذى . وقالوا إذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه .

وكذلك لو اجتمع عدد من المسلمين على قتل ذمى قتلوا به .

٣- وقال مالك والليث بن سعد لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة؛ وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه لأخذ ما له ؛ فيقتل في الغيلة الحر بالعبد ، والمسلم بالكافر ؛ منعاً للفساد لا قصاصاً .

قتل الجماعة بالواحد :

١- قال جمهور الفقهاء تقتل الجماعة بالواحد ومنهم مالك وأبو حنيفة

يقطع بسرقة مال الذى وهذا يدل على أن مال الذى قد ساءى مال المسلم فدل على مساواته لديه إذا المال إنما يحرم بحرمة مالكة .

وأما قولك إن الله تعالى ربط آخر الآية بأولها فغير مسلم فإن أول الآية عام وآخرها خاص . وخصوص آخرها لا يمنع من عموم أولها بل يجرى كل على حكمه من عموم أو خصوص . وأما قولك إن الحر لا يقتل بالعبد فلا أسلم بل يقتل به عندى قصاصاً فتملقت بدعوى لا تصح لك .

وأما قولك « فن عفى له من أخيه شيء » يعنى المسلم فكذلك أقول ولكن هذا خصوص في العفو فلا يمنع من عموم ورود القصاص فإنهما قضيتان متباينتان فمقوم إحداها لا يمنع من خصوص الأخرى ولا خصوص هذه يناقض عموم تلك وجرت في ذلك مناظرة عظيمة حصلنا منها فوائد جمعة أثبتناها في نزهة الناظر .

وانظر ص ٣٤٧ الحلى « وإن قتل مسلم عاقل بالغ ذمياً أو مستأئناً عدماً أو خطأ فلا قود عليه ولا دية ولا كفارة ولكن يؤدب في العمد خاصة ويسجن حتى يتوب كفاً لضرره » .

والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت
وبه قال عمر حتى روى أنه قال : « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » .
وعمدة قولهم النظر إلى المصلحة فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي
القتل لقوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب » . وإذا كان
كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل
الواحد بالجماعة .

٢ - وقال داود وأهل الظاهر : لا تقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول
ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر .
وعمدة قولهم قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين
بالعين » (١) .

قتل الرجل بالمرأة :

اختلف الفقهاء في تفصيل ذلك :
فقال أبو حنيفة وأبو يوسف وعمر وزفر وابن شبرمة - لا قصاص
بين الرجال والنساء إلا في الأنفس .
وروى عن ابن شبرمة رواية أخرى وهي أن بينهم قصاصاً فيما دون
النفس .

وقال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والليث والأوزاعي والشافعي :
القصاص واقع فيما بين الرجال والنساء في الأنفس وما دونها .
إلا أن الليث قال : إذا جنى الرجل على امرأته عقلها ولم يقتص منه .
وقال عثمان البتي : إذا قتلت امرأة رجلاً قتلت به وأخذ من مالها نصف
الدية ، وكذلك إن إصابته بجراحة . وإن كان هو الذي قتلها أو جرحها فعليه
القيود ولا يرد عليه شيء .
وروى عن القدماء خلاف ذلك .

(١) انظر ص ٣٣٤ جزء ٢ بداية المجتهد .

واختلف عن علي عليه السلام فيها، فروى ليث عن الحكم عن علي وعبدالله
قالا : إذا قتل الرجل المرأة متعمداً فهو بالقيود .

وروى عن عطاء والشعبي والحسن البصري أن علياً قال : إن شاءوا قتلوه
وأدوا نصف الدية وإن شاءوا أخذوا نصف دية الرجل . وروى أشعث عن
الحسن في امرأة قتلت رجلاً عمداً قال : تقتل وترد نصف الدية^(١).

الركن الثاني : وقوع فعل عمدي من الجاني من شأنه امراء الموت

أي أنه يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين الفعل المسند إلى الجاني
وبين الموت الذي حدث على أثره .

ويتعين أن نتكلم عن أمرين :

١ - الفعل العمدي .

٢ - الرابطة بين هذا الفعل وبين الموت .

الفعل العمدي :

كل فعل من شأنه موت المحبى عليه عمداً يوجب العقوبة، والأفعال التي
من هذا القبيل متعددة .

١ - أن يقصد القتل بحديد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح
والأشفار والإبرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح

(١) انظر ص ١٣٩ الجصاص جزء ١ « قال أبو بكر الجصاص : ما روى عن علي من
القولين في ذلك مرسل لأن أحداً من رواة لم يسمع من علي شيئاً ولو ثبتت الروايتان كان سبيلهما
أن تتعارضا وتسقطا فكأنه لم يرد عنه في ذلك شيء وعلى أن رواية الحكم في إيجاب القيود دون المال
أولى لموافقتها لظاهر الكتاب وهو قوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتل » وسائر الآية
الموجبة للفرد ليس في شيء منها ذكر الدية وهو غير جائز أن يزيد في النص إلا بنص مثله لأن
الزيادة في النص ترجح النسخ » .

انظر ص ٢٣٥ جزء ٢ بداية المجتهد ، « وفي رواية عن القاضي أبي الوليد الباجي في المنتقى
عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر بالأنثى وحكاه الخطابي في معالم السنن وهو رأى شاذ » .

والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والرمح الذى لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذة من النحاس . وكذلك القتل بحديد لا حدة له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك . أو ما كان فى معنى الحديد كالصفر والنحاس والآلث والرصاص والذهب والفضة .

وقد ورد ذلك فى ظاهر الرواية عن محمد بن الحسن .

وروى الطحاوى عن أبى حنيفة أنه ليس بعمد .

فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أو لا . وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديداً كان أو غيره^(١) .

٢ - أن يحرق رجل رجلاً بالنار - فعليه القصاص لأن النار تعمل عمل السلاح فى تفريق أجزاء الجسم والتأثير عليه فى الظاهر والباطن .

٣ - أن يغرق رجل رجلاً فى ماء فيموت نتيجة لذلك . فعلى قول أبى يوسف ومحمد يجب عليه القصاص وهو قول المالكية اعتماداً على قول النبى صلى الله عليه وسلم « من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه » .

وفى رأى أبى حنيفة أنه لا يجب بذلك القصاص؛ وقال إن هذا لا يثبت

(١) انظر ص ٩٣ المبسوط جزء ٢٦ « فإذا اشترك الرجلان فى قتل رجل أحدهما بعضاً والآخر بمحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن إبراهيم النخعى وهذا لأن القتل بالعصا لا يصلح أن يكون موجباً للقصاص لأن القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطى . والخاصة والعامد إذا اشتركا فى القتل لم يجب القصاص عليهما لأنه اختلط الموجب بنير الموجب فى المحل . فقد انزهت الروح عقيب فعلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ولا يدرى أنه بأى الفعلين أزهد الروح فيمكن الشبهة من هذا الوجه . فالقصاص عقوبة تندرى بالشبهات وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما مناصفة وليس أحدهما بإضافة القتل إليه بأولى من الآخر ولا يقال ينبئ أن يضاف القتل إلى فعل من استعمل السلاح فيه لأن السلاح آلة للقتل دون العصا . والليطة بالكسر قشر القصبية .

العمد فى الجواهر : ما قصد فيه اتلاف النفس وكان مما يقتل غالباً من ممد أو مثقل أو إصابة المقاتل كعصر الأنثيين أو شدة وضغطة أو يهدم عليه بنياناً أو يصصره ويجرح برجله على غير اللعب أو يفرقه أو يحرقه أو يمنعه من الطعام والشراب .

بذلك، وإنما هذا كلام زياد ذكره في خطبه، ألا ترى أنه قال فيه : ومن قتل عبده قتلناه . وبالإجماع ^(١) من قتل عبده لا يقتل ، ثم إن الماء ليس في معنى السلاح . فالغريق يجذب الماء بنفسه فيكون كالمعين على نفسه فيكون ذلك شبهة في إسقاط القود ^(٢) .

٤ - وإن خنق رجلا فمات ، أو طرحه في بئر ، أو ألقيه على ظهر جبل أو سطح جبل فمات - فعند الصاحبين يجب القصاص طالما كان يعلم أنه لا يعيش بهذا الفعل ^(٣) .

وعند أبي حنيفة لا قصاص في ذلك ^(٤) .

٥ - ولو سقى رجلا سما زعافاً فمات فعليه القصاص عند الصاحبين فقط

(١) قال بالإجماع مع أنه سبق في ذلك الخلاف . أو ألقيه في النار ثم أخرج وبه رمق فكش أياً ما ولم يزل صاحب فراش حتى مات قتل وإن كان يئس ويذهب ثم مات لم يقتل كذا في فتاوى قاضيهان .

ولو قط رجلا ثم أغل له ماء في قدر نسجته حتى إذا صار كأنه نار ألقيه في الماء فسلخ ساعة لقاه فمات قتل به . وإن كان الماء حاراً لا يدلى غليظاً شديداً فألقاه فيه ثم سكنت ساعة ثم مات وقد تنقط جسده أى صار به نقطة أو نضجة الماء قتل به وإلا فلا . وانظر الفتاوى الهندية ص ٦ جزء ٦ . وانظر ص ١٠١ جزء ٦ الزيلعي .

(٢) انظر ص ٣٨٧ الذخيرة جزء ٨ القرافي . « وفي الكتاب إن طرحه في نهر ولا يعلم أنه يحسن العوم على وجه العداوة قتل أو على غير ذلك ففيه الدية » . ولو ألقي رجلا في ماء بارد في يوم الشتاء فكش ويبس ساعة ألقيه فعليه الدية وكذلك لو جرده فجعله في سطح في يوم شديد البرد ولم يزل كذلك حتى مات من البرد وكذلك لو قطعه وجعله في الثلج كذا في الظهيرية . ولو أن رجلا قط رجلا أو صبياً ثم وضعه في الشمس فلم يتخلص حتى مات من الشمس فعليه الدية كذا في خزافة المنجيين . انظر ص ٦ جزء ٦ الفتاوى الهندية .

(٣) انظر ص ١١٠ مثلا خسرو جزء ٢ « إن طرحه في بئر فمات جوعاً أو غماً بضم اللين : الكربة والمراد هنا الاختناق من هواء البئر وعند أبي يوسف إن مات غماً يجب الضمان لأن النهم بسبب الوقوع » .

(٤) انظر ص ٣٧٠ ابن عابدين جزء ٥ « ولو قيده بجبل ثم ألقي به في قدر فيه ماء مغلي فمات من ساعته أو فيه ماء حار فأنفج جسده ومكث ساعة فمات قتل به » .

وهو رأى المالكية^(١) وعند أبي حنيفة لا قصاص عليه لأن الشارب مختار في شربه فيكون قاتلاً نفسه ، ومن أعطاه غره حين لم يخبره بما فيه من السم ولكن بالغرور لا يجب عليه ضمان النفس . ولا يلزم في هذا إلا التعزير^(٢) .
ورد في حاشية الشلبي على الزيلعي :

« ولو سقاه سمّاً حتى مات فهذا على وجهين :

١- إن دفع إليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات لا يجب القصاص ولا الدية ويعبس ويعزر ، وإن أوجره إيجاراً تجب الدية على عاقلته .

٢- وإن دفع إليه السم في شربه فشرب ومات لا تجب الدية لأنه شرب باختياره إلا أن الدفع خلعه فلا يجب إلا التعزير والاستغفار^(٣) .

٦- وإن حبس رجلاً ومنع عنه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القصاص^(٤) .

٧- وإن أكره رجلاً رجلاً على قتل رجل بغير حق فقتله وجب القصاص على المكره لأنه تسبب إلى قتله ، وأما المكره ففيه قولان :

(أ) أحدهما أنه لا يجب عليه القصاص لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم

يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقضه فقتله ، للدفع عن نفسه .

(ب) والثاني أنه يجب عليه القود لأنه قتله ظلماً لاستبقاء نفسه . . .

وإن أمر الإمام بقتل رجل بغير حق فإن كان المأمور لا يعلم أن

(١) انظر ص ٢٣٣ المدونة جزء ١٦ « قلت أرأيت من سقى رجلاً سمّاً فقتله أيقبل به قال نعم يقبل به عند مالك » ، ٢١٧ حاشية الدسوقي جزء ٤ ، وانظر الذخيرة جزء ٨ ص ٣٩٢ .
وانظر ص ٢٨ المحلى لابن حزم جزء ١١ « وقد عرض أبو محمد بن حزم الآراء المختلفة في هذا الموضوع بأسانيدھا في كل مذهب ومن رأيه أن من أظلم آخر سمّاً فمات منه أنه لا قود عليه ولا دية عليه ولا على عاقلته لأنه لم يباشر فيه شيئاً أصلاً بل الميت هو المباشر على نفسه . وأما إن أكرهه على الأكل وأوجره أو أمر من يوجره فهو قاتل بلا شك ومباشر لقتله وعليه القود » .

(٢) انظر ص ٣٧٩ جزء ٥ ابن عابدين وانظر ص ١٠٣ المبسوط جزء ٢٦ .

(٣) انظر ص ١٠١ الزيلعي جزء ٦ .

(٤) انظر ص ١٧٦ المهذب جزء ٢ .

قتله بغير حق وجب القصاص على الإمام لأن المأمور معذور في قتله، لأن الظاهر أن الإمام لا يأمر إلا بالحق . وإن كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب القصاص على المأمور لأنه لا يجوز طاعته في المعصية . والدليل على ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .

وقد روى الشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أمركم من الولاية بغير طاعة الله فلا تطيعوه » (١) .

٨ - وإن شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن شهادتهما وجب القود على الشهود لما روى القاسم عن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال : لو أعلم أنكما تعمدا لقطعت أيديكما . وأغرهما دية يده ولأتهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل فوجب عليهما القود (٢) .

فإذا لم تكن الوسائل من شأنها إحداث الموت فلا عقوبة :

جاء في ابن عابدين :

إن أقر أنه أهلك فلاناً بالدعاء أو بالسهم الباطنة أو بقراءة الأنفال فلا يلزمه شيء لأنه كذب محض يؤدي إلى ادعاء علم الغيب المنفي بقول تعالى : « لا يعلم الغيب إلا الله » . ولم يوجد نص بإهلاكه بهذه الأشياء . وبالإقرار كان كاذباً لا يلزمه شيء .

ولو أقر أنه أهلك فلاناً بقراءة أسماء الله تعالى القهرية، اختلف المشايخ فيه

(١) انظر المرجع السابق ص ١٧٧ .

(٢) وعند الحنفية عليهما الدية في مالها وقال الشافعي عليهما القصاص . وحجتهم في ذلك أن الشاهد سبب للقتل والسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر وهذا لأنه يعتبر في القصاص المساواة ولا مساواة بين السبب والمباشرة . انظر ص ٣٩٩ ابن عابدين جزء ٢ وانظر ص ٣٧٠ نفس المرجع « والقتل بالبتقية بالرصاص عمد لأنها من جنس الحديد فيقتض به » .

لوقوعها، والأصح أنه لا يلزمه شيء لأن الشرع لم يجعله من آلة القتل وسببه^(١).

٢ - رابطة السببية بين الفعل والموت :

يلزم أن يكون بين الفعل المرتكب والموت الذي حدث رابطة سببية، أي أن يكون الفعل هو السبب المباشر الذي أدى للوفاة، فإن كان الأمر ليس كذلك فلا يجب التقصاص .

ورد في المذهب^(٢).

« وإن ألقاه في ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لا يجب التقصاص لأن الذي فعله لا يقتل غالباً » .

وورد في ابن عابدين^(٣).

في التتار خانية : شق بطنه وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف

(١) انظر ص ٣٨١ ابن عابدين جزء ٥ : إذا تعدد ذلك وعلم منه وتكرر يقتصر منه عند المالكية .

(٢) انظر ص ١٧٦ جزء ٢ المذهب وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ثم اختلفا فقال الضارب ما أسقطت من ضربتي وقالت المرأة أسقطت من ضربك نظرت فإن كان الإسقاط عقيب الضرب فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن كان الإسقاط بعد مدة نظرت فإن بقيت المرأة متألماً إلى أن أسقطت فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن لم تكن متألماً فالقول قوله لأنه لا يمتثل ما يدعيه كل واحد منهما والأصل براءة النعمة وإن اختلفا في التألم فالقول قول الجاني لأن الأصل عدم التألم وإن ضربها فأسقطت جنيناً حياً ومات ؟ واختلفا ، فقالت المرأة مات من ضربك وقال الضارب مات بسبب آخر فإن مات عقيب الإسقاط فالقول قولها لأن الظاهر معها وأنه مات من الجنابة وإن مات بعد مدة ولم تبق البينة أنه بقي متألماً إلى أن مات فالقول قول الضارب على يمينه لأنه لا يمتثل ما يدعيه والأصل براءة الذمة . وإن أقامت بينة أنه بقي متألماً إلى أن مات فالقول قولها مع اليمين لأن الظاهر أنه مات من جنابته . (ص ٢١٦ المذهب جزء ٢) .

(٣) انظر ص ٣٨١ ابن عابدين جزء ٥ .

« ومن جرح رجلاً عمداً فصار ذا فراش ومات يقتصر منه إلا إذا وجد ما يقطع كحز الرقبة لأن الموت متى وجد عقب سبب صالح يضاف إليه لا إلى شيء آخر » .

وانظر ص ٢١٥ المذهب جزء ٢ . « وإن قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولي والجاني فقال الجاني شرب سماً أو جنى عليه آخر بعد جنابتي فلا يجب عليه إلا نصف الدية (الواجب بقطع اليد) » .

عمداً فالقاتل هو الثاني إذا كان فيه من الحياة ما يعيش معها بعد الشق يوماً أو بعض يوم . وإن كان بحال لا يتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت ، فالقاتل هو الأول فيقتص بالعمد وتجب الدية بالخطأ .

ولعل الفرق بينه وبين من هو في النزع أن النزع غير متحقق فإن المريض قد يصل إلى حالة شبه النزع ، بل قد يظن أنه قد مات ويفعل به كالموتى ثم يعيش بعده طويلاً بخلاف من شق بطنه وأخرجت أمعاؤه فإنه يتحقق موته لكن إذا كان فيه من الحياة ما يعيش معها يوماً فإنها حياة شرعاً كما في الذبائح فلذا كان القاتل هو الثاني، وأما لو كان يضطرب اضطراب الموت من الشق فالحياة فيه غير معتبرة أصلاً فهو ميت حكماً فلذا كان القاتل هو الأول .

هل ترتكب جريمة القتل العمد بطريق سلبى :

فى الفقه الحديث :

اختلف رأى علماء الفقه الحديث فى هذا الأمر لأن النصوص التشريعية لا تشير إلى العقاب فيها .

فذهب الألمان إلى وجوب معاقبة المجرم بطريق السلب كالمجرم بطريق الإيجاب فى الحالات التى يقوم فيها على المجرم واجب قانونى أو تعاقدى بأداء عمل لمصلحة صحته فيمتنع عنه . كحالة الوالدة التى تمتنع عن إرضاع طفلها رغبة فى التخلص منه بالموت . فإذا لم يكن على الشخص واجب يؤيده القانون فلا مسئولية عليه إذا امتنع مهما خالف مبادئ الإحسان أو المروءة أو التضحية لأن القانون لا يفرض على الناس شيئاً من ذلك .

وذهب أكثر الفرنسيين إلى أنه لا يمكن اعتبار من امتنع عن أداء واجبه بقصد وقوع جريمة مسئولاً عنها كمسئولية الذى ارتكبها بالفعل .

ولم ينص القانون الفرنسى إلا فى سنة ١٨٩٨ على عقاب حالة الامتناع عن تغذية الصبي القاصر عن خمس عشرة سنة بقصد إحداث موته فيموت . أما القضاء المصرى فقد تضاربت فى هذا الأمر أحكامه .

ويرى بعض الفقهاء المصريين وجوب العقاب متى كان على المعتنع واجب وكانت رابطة السببية قائمة بين الامتناع وحدوث الموت^(١).

في الفقه الإسلامي :

من المتفق عليه بين فقهاء المسلمين أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب . فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة .

فن حبس إنساناً ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله . وهو رأى مالك والشافعي وأحمد والصاحبين^(٢) .

ولا يرى أبو حنيفة ذلك ، فالهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، والمثل الواضح لهذه الحالة نجده في الفرض الآتي :
جاء في حاشية الدسوقي :

« عن ابن عرفة ، ما ذكره ابن يونس » أنه من منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه وأنه يموت إن لم يسقه قتل به وإن لم يل قتله بيده فظاهره أنه يقتل به سواء قصد بمنعه قتله أو تعذيبه . فإن قلت : قد مر في باب الزكاة أن من منع شخصاً فضل طعام أو شراب حتى مات فإنه يلزمه الدية . قلت ما مر في الزكاة محمول على ما إذا منع تأولاً وما هنا غير متأول أخذنا من كلام ابن يونس^(٣) .

وجاء في المحلى لابن حزم :

من استسقى قوماً فلم يسقوه حتى مات يضمن ديته ؛ فعل ذلك عمر بن الخطاب . وقال في ذلك ابن حزم :

القول في هذا عندنا — وبالله التوفيق — هو أن الذين لم يسقوه إن كانوا

(١) انظر ص ٨٠ ، ٨١ الأستاذ الكبير على بدوي ، ٣١٤ المرحوم أحمد أمين .

(٢) انظر ص ٢١٥ الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ ، المذهب جزء ٢ ص ١٧٦ ،

المغني جزء ٩ ص ٣٠٨ بدائع الصنائع جزء ٧ ص ٢٣٤ .

(٣) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

يعلمون أنه لا ماء له ألبنة إلا عندهم ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت فهم قتلوه عمداً وعليهم القود بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا كثراً أو قلوها ولا يدخل في ذلك من لم يعلم بأمره ولا من لم يمكنه أن يسقيه ، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدرون أنه سيدرك الماء فهم قتلة خطأ وعليهم الكفارة وعلى عواقلهم البدية ولا بد .

وكذلك هذا القول في الجائع والعارى ولا فرق وكل ذلك عدوان وليس هذا كمن اتبعه سبع فلم يؤذوه حتى أكله السبع لأن السبع هو القاتل له ولم يمت من جنائتهم ولا ما تولد من جنائتهم ولكن لو تركوه فأخذته السبع وهم قادرون على إنقاذه فهم قتلة عمداً ، إذ لم يمت من شيء إلا من فعلهم ؛ وهذا كمن أدخلوه في بيت ومنعوه حتى مات ولا فرق ، وهذا كله وجه واحد^(١) .

واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية الحديثة . أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العلم بوجود .

وتمتاز الشريعة عن القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية منذ أمد طويل بينما لم يتناقش فيها فقهاء الغرب إلا في القرن التاسع عشر^(٢) .

قتل المرأة لجنينها :

تنص المادة ٢٦١ من قانون العقوبات المصري على أن كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلايتها عليها سواء كان برضاها أم لا - يعاقب بالحبس .

وتنص المادة ٢٦٢ على أن المرأة التي رضيت بتعطى الأدوية مع علمها

(١) انظر ص ٥٢٢ المجلد جزء ١٠ لابن حزم .

(٢) انظر ص ٩٠ التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة الجزء الأول .

بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة — تعاقب بالحبس .

في الفقه الإسلامي :

أخبر حماد بن سلمة عن الحجاج عن عبدة الضبي أن امرأة كانت حبلى فذهبت تستدخل فألقت بولدها . فقال إبراهيم النخعي : عليها عتق رقبة ولزوجها عليها غرة : عبد أو أمة . وعن سفيان الثوري عن المغيرة بن مقسم عن إبراهيم النخعي أنه قال في امرأة شربت دواء فأسقطت قال : تعتق رقبة وتعطى أباه غرة .

وقال ابن حزم : إن هذه الآثار غاية في الصحة، إن كان لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها، وإن كان قد نفخ فيه الروح فإن كانت لم تعمد قتله فالغرة أيضاً على عاقلتها والكفارة عليها، وإن كانت عمدت قتله فالقود عليها أو الغرة في مالها . فإن ماتت هي في كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة في كل ذلك في الخطأ على عاقلة الجاني هي كانت أو غيرها وكذلك في العمد قبل أن ينفخ فيه الروح، وأما إن كان قد نفخ فيه الروح فالقود على الجاني إن كان غيرها، وأما إن كانت هي فلا قود ولا غرة ولا شيء لأنه لا حكم على ميت وماله قد صار لغيره (١) .

الركن الثالث : القصد الجنائي

يعتبر القصد الجنائي في القتل العمد متوافراً متى كان الفاعل قد ارتكب الفعل أو الترك بنية إحداث الموت لغيره عالماً بأن هذا الفعل مميت . وجريمة القتل العمد تستلزم قانوناً توافر قصد جنائي خاص بها هو الذي يميزها من غيرها من جرائم الاعتداء على النفس — فلا يكفي لتوافر هذه الجريمة وجود القصد الجنائي العام الذي يتطلبه القانون في سائر الجرائم من علم بأن الأمر الذي

(١) انظر ص ٣١ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

يأتيه الجاني أو يمتنع عنه محذور ، بل لا بد من أن يكون الجاني قد انتوى قتل
النجني عليه وإزهاق روحه .

وردد في الدرر الحكام لمن لا خسرو :

« فإن القصد فعل القلب لا يتوقف عليه ، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً
مقامه تيسيراً ، فإن الآلة القاتلة غالباً هي المحدودة لأنها هي المعدة للقتل .
وأما الضرب بالحجر والخشب فمن شبه العمد عند أبي حنيفة لأن في هذا
الفعل معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب . ومعنى الخطأ باعتبار
عدم قصده إلى القتل ، لأن الآلة التي استعملها ليست بآلة القتل ، والعافل إنما
يقصد إلى كل فعل بآلته ، فاستعماله غير آلة القتل دليل على عدم قصده إليه
فكان خطأ يشبه العمد » (١) .

وورد في الذخيرة للقرافي المالكي :

« ومن العمد ما لا قود فيه كالمتصارعين والمترامين على وجه اللعب
أو يأخذ برجله على وجهه ففيه دية الخطأ على العاقلة أخماساً ، فإن تعمد هؤلاء
القتل بذلك ففيه القصاص » (٢) .
فالقصد الجنائي هو الذي يحدد لنا طبيعة الجريمة ، فإن ضربه بآلة ينتج
منها القتل غالباً فهو قتل عمد .
وأما إن ضربه بآلة لا تؤدي إلى القتل في غالب الأحوال فهو قتل
شبه عمد .

(١) انظر ص ٨٨ جزء ٢ الدرر الحكام ، ص ٩٠ .

(٢) انظر ص ٣٨٧ الذخيرة للقرافي جزء ٨ .

انظر ص ٢١٥ الدسوق جزء ٤ « إن قصد زيداً أى قصد قتل شخص معتقداً أنه زيد فتبين أنه
عمرو أو معتقداً أنه زيد بن عمرو فتبين أنه زيد بن بكر ولزوم القود فيهما هو الصحيح وبه
جزم ابن عرفة أولاً » .

وانظر ص ٢٧٤ جزء ٧ البدائع « رجل أخذ بيد إنسان فصاحه فجذب يده من يده فانقلب
فأت فلا شيء عليه لأن الآخذ غير متعدي الآخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة » .

فإن لم يقصد قتلاً ولا ضرباً كمن يأخذ بيد إنسان ليصافحه فجذب يده من يده فانتقلب فمات فلا شيء إطلاقاً^(١).

ما يجب في القتل العمد :

اختلف الفقهاء في موجب القتل العمد :

١ - قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والثوري وابن شرملة والحسن ابن صالح : ليس للولي إلا القصاص ولا يأخذ الدية إلا برضى القاتل .

٢ - وقال الأوزاعي والليث والشافعي : الولي بالخيار بين أخذ القصاص والدية وإن لم يرض القاتل ، وقال الشافعي فإن عفا المفلس عن القصاص جاز ولم يكن لأهل الوصايا والدين منعه لأن المال لا يملك بالعمد إلا بمشيئة الخفي عليه إذا كان حياً أو بمشيئة ورثته إن كان ميتاً .

وقال الشافعي في القتل العمد الكفارة أيضاً ، وخالفه في ذلك الفقهاء^(٢).

القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد :

في الفقه الوضعي :

شدد المشرع العقوبة على كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار ، أو الترصد فجعل العقوبة الإعدام .

وسبق الإصرار هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب الجريمة .

(١) انظر ص ٢٧٤ بدائع الصنائع جزء ٧ وانظر ص ٢٣٤ البدائع جزء ٧ .

« روايته عن أبي حنيفة أن القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لأن تعصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمقتل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد فيتمكن في المدية شبهة العمد بخلاف القتل بمعد لا حد له لأن الحديد آلة معدة للقتل قال تعالى « وأزلفنا الحديد فيه بأس شديد » . والقتل بالعمود ممتاز فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمداً » .

(٢) انظر ص ٢٩٨ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص .

أما التردد فهو أن يترصد الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن — طويلة كانت أو قصيرة — ليتوصل إلى قتله أو إيذائه .

في الفقه الإسلامي :

نلاحظ أن الفقه الإسلامي قد استرعاه هذا الأمر فرأى أن القاتل قد يكون عاتياً ظالماً ويظهر قصده واضحاً جلياً خبيثاً فسموا القتل — قتل الغيلة — وهو أن يضجعه فيذبحه أو يقتله على أى وجه لأخذ ماله .

وفرضوا لذلك عقوبة خاصة أشد من العقوبة العامة للقتل ، وهي أنه ليس لولى المقتول أن يعفو عن القاتل غيلة وأن ذلك القاتل يترك إلى السلطان ينفذ فيه ما يشاء من عقوبة ، وهو رأى المالكية^(١) .

كما قال مالك والليث لا يقتل المؤمن بالكافر إلا أن يقتله غيلة .

وضرورة توفر القصد الجنائي يؤدي بنا للكلام في القتل شبه العمد . والقتل الخطأ .

القتل شبه العمد

القتل شبه العمد في الفقه الإسلامي يساوى الضرب المفضى إلى الموت في الفقه الغربي ، فالعمد في القتل هو التوجه إليه بإرادة إحدائه ، ولا يعد القتل عمداً إذا انتفت هذه النية مهما كانت درجة احتمال حدوثه ، بل يعتبر الفعل ضرباً أو جرحاً أفضى إلى الموت ، فنية القتل هي الفارق الوحيد بين القتل عمداً والضرب المفضى إلى الموت^(٢) .

وقد قال به جمهور الفقهاء كما قال به عمر بن الخطاب وعلى عثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة .

(١) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ ، وانظر بداية المجتهد

جزء ٢ ص ٣٣٤ ، وانظر ص ٢٩٩ الأم للشافعي جزء ٧ .

(٢) انظر المحاماة س ٩ عدد ١٨٤ ص ٣٤٧ .

أما مالك فلا يقول بشبه العمد ، فالقتل عنده عمد أو خطأ وهو رأى
الليث بن سعد وابن حزم^(١) .

قال سحنون : قلت لابن القاسم هل كان مالك يعرف شبه العمد في
الجراحات أو قتل النفس ؟ قال : قال مالك : شبه العمد باطل وإنما هو عمد
أو خطأ ولا أعرف شبه العمد^(٢) .

معنى شبه العمد في رأى الفقهاء المسلمين :

١ - قال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه
ذلك فهو شبه العمد ، فالقتل بالعصا والحجر صغيراً كان أو كبيراً ، والتغريق
في الماء هو شبه عمد .

٢ - قال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله كاللطمه الواحدة
والضربة الواحدة بالسوط ، ولو كرر ذلك حتى صار جملة مما يقتل ، كان عمداً
وفيه القصاص .

٣ - قال الشافعي : شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل
أى ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل^(٣) .

وقد ورد في المبسوط :

« وأما شبه العمد فهو ما تعمد ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد
فإن في هذا الفعل معنيين - العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب ، ومعنى
الخطأ باعتبار انعدام القصد منه إلى القتل لأن الآلة التي استعملها آلة الضرب

(١) انظر ص ٢٧٩ أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ . « قال الأوزاعي شبه العمد أن
يضربه بعصا أو سوط ضربة واحدة فيموت فإن ثنى بالعصا فمات مكانه فهو عمد يقتل به . وقال
الحسن بن صالح إذا ضربه بعصاً ثم قتله على مكانه من الضربة الثانية فعليه القصاص وإن زاد على
الثانية فلم يمت منها ثم مات بعدها فهو شبه عمد » .

(٢) انظر ص ١٠٦ المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٣٣٣ بداية المجتهد جزء ٢ .

للتأديب دون القتل، والعاقِل إنما يقصد كل فعل بآلته، فاستعماله آلة التأديب دليل على أنه غير قاصد إلى القتل فكان في ذلك خطأ أشبه العمد صورة من حيث أنه كان قاصداً إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه . وشبه العمد ورد به الشرع على ما رواه النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل أربعون منها خلفه في بطونها أولادها . والصحابَةُ اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغالطة مع اختلافهم في صفة التغليب . وقال على رضي الله عنه : شبه العمد ، الضربة بالعصا والرمية بالحجر العظيم ^(١) .

وورد في بدائع الصنائع :

« شبه العمد ثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه، أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمه ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه إذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال الضربات .

وأما المختلف فيه فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوال الضربات إلى أن يموت، وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا . وعند الشافعي رحمه الله هو عمد وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجراح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها، فهو شبه عمد عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين والشافعي هو عمد ^(٢) .

وورد في المهذب :

« وإن شد يديه ورجليه وطرحه في ساحل فزاد الماء وهلك، فإن كانت

(١) انظر ص ٦٥ المبسوط جزء ٢٦ ، وانظر ص ٢٧٩ جزء ٢ الجصاص . قال صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : ألا إن قتل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه الدية مغالطة مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها .

(٢) انظر ص ٢٣٣ البدائع جزء ٧ وانظر ص ٩٣ الدرر الحكام جزء ٢ .
« ولو كان جرحه إياه بنحو مسلة وهي بكسر الميم (إبرة كبيرة) لأنها ليست في معنى السلاح إلا أن يفرز الإبرة في مقتله أي في موضع يقتل بفرز الإبرة فيه فيحتنك يجب القصاص » .

الزيادة معلومة الوجود كالملة بالبصرة، فهو عمد محض ويجب به القصاص لأنه قصد تخريقه .

وإن كان قد يزيد وقد لا يزيد ، فهو شبه عمد وتجب به الدية مغلظة .
وإن كان في موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه، فهو خطأ محض ويجب فيه الدية مخففة .

وإن شد يديه ورجليه وطرحه في أرض مسبعة فقتله السبع ، فهو شبه عمد وتجب فيه الدية مغلظة .
وإن كان في أرض غير مسبعة فقتله السبع ، فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخفضة ^(١) .

فارق هام :

والفرق الجوهرى بين القتل العمد والقتل شبه العمد يظهر فى الحكم ، فيجب بالقتل العمد القصاص ، بينما فى شبه العمد لا يجب القصاص وإنما تجب الدية المغلظة . . والكفارة « على خلاف فيها » . . والحرمان من الميراث أو الوصية ^(٢) .

القتل الخطأ

إن تخلف قصد القتل نهائياً ومات المحنى عليه فالقتل خطأ .

فى الفقه الرسمى :

نصت المادة ٢٣٨ «عقوبات مصرى» على أن من قتل نفساً خطأ أو تسبب فى قتلها بغير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئاً عن رعونة أو عن عدم

(١) انظر ص ١٩٢ المذهب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٤١ جزء ١٠ المبنى .

وتجب الكفارة فى شبه العمد ولم أعلم لأصحابنا فيه قولاً لكن مقتضى الدليل ما ذكرنا . ولأنه أجرى مجرى الخطأ فى نفي القصاص وحمل المائلة دية وتأجيلها فى ثلاث سنين فجرى مجراه فى وجوب الكفارة ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة تحمّل من الدية لتلا يخلو القاتل عن وجوب شئ أصلاً ولم يرد الشرع بهذا .

احتياط وتحرز أو عن إهمال وتفريط أو عن عدم انتباه وتوق أو عدم مراعاة
واتباع اللوائح - يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصرى .

فى الفقه الإسلامى :

ورد فى الدرر الحكام لمنلا خسرو :

« وإما خطأ وهو ... »

إما فى القصد كرميه مسلماً ولو عبداً يظنه صيداً أو حربياً فإنه لم يخطئ
فى الفعل حيث أصاب ما قصد رمية وإنما أخطأ فى القصد - أى فى الظن -
حيث ظن الآدمى صيداً والمسلم حربياً^(١) .

وإما فى الفعل كرميه غرضاً فأصاب آدمياً فإنه أخطأ فى الفعل لا القصد
فيكون معذوراً لاختلاف المحل ، بخلاف ما إذا تعمد ضرب موضع من جسده
فأصاب موضعاً آخر منه فمات فيجب القصاص ؛ إذ جميع البدن محل واحد فيما
يرجع إلى مقصوده فلا يعذر .

ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فمات ، يقتص للأول لأنه
عمد وللثانى الدية على العاقلة لأنه خطأ^(٢) .

ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة فى ماله وبهذا قال الشافعى ، وقال
أبو حنيفة لا تجب ؛ لأن ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة كقتل نساء
أهل الحرب وصبيانهم^(٣) .

وإنما صار الخطأ فى النوعين لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح
فيحتمل فى كل منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر أو الاجتماع بأن يرمى آدمياً

(١) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوق على الشرح الكبير « فإذا قصد قتل شخص معتقداً أنه
زيد فتبين أنه عمرو أو معتقداً أنه زيد بن عمر وتبين أنه زيد بن بكر ففى ذلك القود لأنه قتل عمد »
(٢) انظر ص ٢٩٠ منلا خسرو ٢ ، ٦٦ المبسوط جزء ٢٦ ، البدائع جزء ٧ ص
٢٧٣ ، ٢٣٤ .

(٣) انظر ص ٣٩٠ جزء ٥ ابن عابدين .

يظنه صيداً فأصاب غيره من الناس» (١).

القتل الذى هو فى معنى الخطأ :

وقد تكلم فى ذلك فقهاء الشريعة، وهو نوعان : نوع عن طريق المباشرة ونوع عن طريق التسبب .

النوع الأول : المباشرة :

كالتأثم ينقلب على إنسان فيقتله فهذا القتل فى معنى الخطأ من كل وجه لوجوده من غير قصد، لأنه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية عند بعض الفقهاء .

وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله .

أما وجوب الدية فلو وجود معنى الخطأ وهو عدم القصد . وأما وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلو وجود القتل مباشرة لأنه مات بثقله سواء كان القاعد فى الطريق العام أو فى الملك الخاص .

وكذلك الراكب إذا كان يسير فى الطريق العام فوطئت ذابته رجلاً بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطأ فى هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافاً إلى الراكب فكان قتلاً مباشرة (٢) .

(١) انظر ص ٣٩ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر ص ٢٧٤ البدائع :

« رجلان مدا حبلاً حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فإن سقطا على ظهرهما فأتانا فلا ضمان فيه أصلاً لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه إذ لو مات من فعل صاحبه نحر على وجهه فلما سقط على قفاه علم أنه سقط بفعل نفسه وهو شدة فقد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وإن سقطا على وجهيهما فأتانا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر . لأنه لما نحر على وجهه علم أنه مات من جذبه وإن سقط أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فأتانا جميعاً فدية الذى سقط على وجهه على عاقلة الآخر لأنه مات بفعله وهو جذبه ودية الذى سقط على ظهره هدر لأنه مات من فعل نفسه ولو قطع قاع الحبل فسقطا جميعاً فالضمان على القاطع لأنه تسبب فى إتلافهما » .

وانظر ص ١٤٧ من المسؤولية الجنائية للمؤلف .

النوع الثاني : القتل بالتسبب :

كجناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث شيئاً في الطريق ، وجناية السائق والقائد ، وجناية الناحس ، وجناية الحائط .

١ - جناية الحافر :

فالحفر إما أن يكون في غير الملك أصلاً أو كان في الملك .
فإن كان في غير الملك فينظر، فإن كان في غير الطريق بأن كان في المفازة فلا ضمان على الحافر لأن الحفر ليس بقتل حقيقة ، بل هو تسبب إلى القتل إلا أن التسبب قد يلحق بالقتل إذا كان المسبب متعمد في التسبب والمتسبب ههنا ليس بمتعمد لأن الحفر في المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديراً فلا يجب الضمان .

وإن كان الحفر في الطريق العام فوقع فيها لإنسان فوات فلا يخلو الأمر إنه إن مات بسبب الوقوع فالحافر يضمن الدية لأنه متعمد في الحفر .

وإن مات بسبب الجوع فقد اختلف الفقهاء .

قال أبو حنيفة لا يضمن . وقال محمد يضمن . وقال أبو يوسف إن مات غماً يضمن وإن مات جوعاً لا يضمن .

وإن كان الحفر في الملك، فإن كان في ملك غيره بأن حفر برراً في دار إنسان بغير إذنه فوقع فيها لإنسان يضمن الحافر لأنه متعمد في التسبب . ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار ، والقول قول الورثة ، وفي الاستحسان يصدق والقول قول الحافر .

وإن كان الحفر في ملك نفسه فلا ضمان عليه لأن الحفر مباح مطلوب له فلم يكن متعمداً في التسبب . وإن كان في فئائه يضمن لأن الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق .

وقال الفقهاء فيمن حفر برراً في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها

إنسان ومات: إنه إن كان الحضر بإذن السلطان لا يضمن وإن كان بغير إذنه يضمن وروى عن أبي يوسف أنه لا يضمن^(١).

ولو سقط ميزاب نصبه صاحب الدار إلى الطريق العام على إنسان فقتله ؛ فإن أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لأنه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعدداً فيه . وإن أصابه الطرف الخارج إلى الطريق يضمن لأنه متعمد في إخراجه إلى الطريق . وإن أصابه الطرفان جميعاً يضمن النصف لأنه متعمد في النصف لا غير وإن كان لا يدري .

٢ - جنابة السائق والقائد :

فإن ساق دابة في الطريق العام أو قادها فوطئت إنساناً بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت^(٢) فهو ضامن لأن الأصل أن السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة . فإذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعدياً فالتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضموناً . سواء كان السائق أو القائد راجلاً أو راكباً . إلا أنه إذا كان راكباً فعليه الكفارة إذا وطئت دابته إنساناً بيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية، وإن كان راجلاً لا كفارة عليه ، ولا يحرم الميراث والوصية لأن هذه الأحكام تتعلق بثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبب ، والمباشرة من الراكب لا من غيره^(٣).

٣ - جنابة الناحس والضارب :

والدابة المضروبة أو المنخوسة إما أن يكون عليها راكب ، وإما أن لا يكون عليها راكب .

فإن كان عليها راكب . فلا يخلو إما أن يكون سائراً وإما أن يكون واقفاً .

(١) انظر ص ٢٧٨ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) كدمت : عضت بمقدم أسنانها . وصدمت : ضربت بنفسها . خبطت : ضربت .

(٣) انظر ص ٢٨٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

والسير والوقوف إما أن يكون في موضع أذن له بذلك وإما أن يكون في موضع لم يؤذن له به . والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره . فإن فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفتحت^(١) الدابة برجلها أو بذنبها أو نفرت فصدمت إنساناً فقتلته فإن فعلت شيئاً من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب يتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفاً أو سائراً وسواء كان في سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف . أو فيما لم يؤذن بأن كان يسير في ملكه أو في الطريق العام أو في ملك الغير . ذلك لأن الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعمد في السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره . وروى عن سيدنا عمر أنه ضمن الناخس دون الراكب . وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنهما .

٤ - جناية الحائط :

إذا سقط الحائط المائل على رجل فقتله، فلا يخلو الحال : إن كان بني سليماً قال أو بني مائلاً من الأصل . فإن بني سليماً قال فيلانه لا يخلو إما أن يكون إلى الطريق وإما أن يكون إلى ملك إنسان، فإن كان إلى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذاً وهو طريق العامة أو غير نافذ وهي السكة التي ليست بنافذة، فإن كان نافذاً فسقط فعطب به شيء مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط إذا وجدت شرائط وجوبه .

وقد روى عن الشعبي وشريح وإبراهيم وغيرهم أنهم قالوا : إذا تقدم إليه في الحائط فلم يهزمه وجب عليه الضمان^(٢) .

(١) نفتحت بالحاء المهملة أى ضربت بحذ حافرها

(٢) انظر ص ٢٨٣ البدائع جزء ٧ .

والفرق الوحيد في قول الفقهاء بين النوعين : القتل بالمباشرة والقتل بالتسبب، هو أنه لا تجب في التسبب الكفارة ولا الحرمان من الميراث أو الوصية وإن وجبت فيه الدية .

وقد تبين لنا أن الفاصل بين القتل بالتسبب عند من يقول به وبين غيره من أنواع القتل الخطأ، أن علاقة السببية في القتل بالتسبب غير مباشرة بين فعل الجاني وبين القتل^(١) . أما في النوع الآخر فإن العلاقة بين فعل الجاني وبين القتل تكون مباشرة .

وفي الواقع أن جميع الأحوال التي ذكرناها تندرج تحت القتل الخطأ كما هو معروف لدينا الآن في الفقه الوضعي .

أعمال الجراحة والتطبيب :

تستلزم أعمال الجراحة والتطبيب بطبيعتها المساس بجسم المريض كفتح خراج أو استئصال عضو لإزالة تشويه وما إلى ذلك، وقد تؤدي أعمال العلاج ذاتها إلى وفاة المريض، والمتفق عليه في هذه الأحوال في الفقه الوضعي أن الطبيب أو الجراح لا يسأل عن نتيجة عمله ما دام قد قصد به العلاج ولم يرتكب خطأ في عمله، فإذا ارتكب خطأ في عمله كان مسئولاً عن عدم احتياطه وإهماله^(٢) .

في الفقه الإسلامي :

« ما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده، فيه روايتان : يضمن لأنه قتل خطأ ولا يضمن لأنه تولد عن فعل مباح كالإمام . وقال محمد بن حارث : إن فعل الجائر فتولد عنه هلاك أو فساد فلا ضمان . أو زاد على فعل الجائر ففعل غيره

(١) انظر ص ٩٠ التعزير للدكتور عبد العزيز عامر القاضى .

(٢) انظر ص ٤٤٩ من شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتور السعيد مصطفى السعيد .

خطأً أو جاوزه أو قصر عن الجائز فترتب عليه هلاك ذلك ضمن . وما خرج
عن هذا عليه الأصل فهو مردود إليه » (١).

المبحث الثاني الضرب والجرح

في الفقه الغربي :

تشترك جريمتا الضرب والجرح عمداً في ركنيهما الأساسيين وهما الركن
المادى والقصد الجنائى، ولكنها تختلف في جسامته النتيجة التى تترتب على
الجرح أو الضرب، وقد جعل الشارع العقاب بحسب هذه النتيجة بقطع النظر
عن كون الجانى قصدها أو لم يقصدها، فإن أحدث الجرح أو الضرب موتاً
كان جنابة الضرب المفضى للموت، وإن أحدث عاهة مستديمة كان جنابة بالمادة
٢٤٠ ع .

وإن لم يحدث إلا مرضاً أو عجزاً عن الأشغال الشخصية كان جنحة
على حسب درجة المرض أو العجز .

الأركان المشتركة في جرائم الجرح والضرب عمداً :

١ - ركن مادى هو فعل الضرب أو الجرح .

٢ - ركن معنوى هو القصد الجنائى .

في الفقه الإسلامى :

إن أردنا أن نهج نهج الفقه الغربى في البحث نتكلم عن :

أولاً - الركن المادى :

الجرح ؛ يراد به كل قطع في الجسم أو تمزيق في الأنسجة ناشئ عن
استعمال آلة حادة ويدخل في ذلك الرضوض والتسلخات والعض والكسر
والحروق والجروح الداخلية .

(١) انظر ص ٣٦١ النخيرة جزء ٨ للقرافى .

والضرب؛ يدخل فيه كل أثر يحدث بجسم الإنسان ناشئ عن استعمال أداة غير قاطعة، ويوجد الضرب ولو لم يترك وراءه أثراً ظاهراً من دم أو احتقان ويشمل أيضاً كل صور الصدم والجذب والعنف والضغط على الأعضاء والحنق (١).

ورد في المبسوط :

وفي الأنف الدية، والحاصل أن ما لا ثاني له في البدن من أعضاء أو معان مقصودة فإتلافها كإتلاف النفس في أنه يجب بها كمال الدية . والأعضاء الفردية ثلاثة . الأنف واللسان والذكر . وذلك يروى في حديث سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في الأنف الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية » . وروى عن علي بن أبي طالب . وفي قطع الأنف تفويت جمال كامل ومنفعة كاملة وامتنياز الأدنى بين سائر الحيوانات ، فتفويتها في معنى تفويت النفس، فكما تجب الدية بقطع جميع الأنف بحيث يقطع المارن لأن تفويت الجمال به يحصل ، وكذلك تفويت المنفعة ، وكذلك في اللسان الدية . وكذلك في قطع بعض اللسان إذا منع الكلام .

وإن كان بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر أن فيه حكومة العدل، وقد قال البعض إن الدية تقسم على الحروف، فحصة ما يمكن أن يصححه من الحروف تسقط عنه، وحصة ما لا يمكن أن يصححه من الحروف تجب عليه، ولكن على هذا القول لا يعتبر في القسمة إلا الحروف التي تكون باللسان، فأما الهاء والحاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة (٢).

وأما ما يكون زوجاً في البدن ففي قطعهما كمال الدية، وفي أحدهما نصف الدية . وأصل ذلك في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي

(١) وقد قفست بحكمة النقص والإبرام المعرية بأن من حرش كلبه على شخص فعنه وأحدث به جرحاً يماتب بالمادة ٢٤٢ ع .

(٢) انظر ص ٦٩ المبسوط جزء ٢٦ .

عليه السلام قال : فى العينين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية . وفى اليدين الدية
وفى إحداهما نصف الدية . وهكذا ، روى عن على رضى الله عنه قال : الأعضاء
التي هى أزواج فى البدن : العينان والأذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان
واليدان وثديا المرأة والأنثيان والرجلان .

وأما ما يكون أرباعاً فى البدن فهو أشفار العينين يجب فى كل شفر
ربع الدية .

وأما ما يكون أعشاراً فى البدن كالأصابع ، فإن قطع أصابع اليد يوجب
كمال الدية لما فيها من تفويت المنفعة .

وأما ما يزيد على ذلك فى البدن فهى الأسنان يجب فى كل سن نصف
عشر الدية . قال الرسول عليه الصلاة والسلام « فى كل سن خمس من
الإبل » (١) .

وجمع صاحب البدائع (٢) هذه الأمور فى أربع مسائل :

١ - إبانة الأطراف وما يجرى مجرى الأطراف كقطع اليد والرجل
والأصبع والظفر والأنف واللسان والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفقء
العينين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق شعر الرأس
واللحية والحاجبين والشارب .

٢ - تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاج
والبطش والمشى وتغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها .
ولإزهاق العقل .

٣ - الشجاج « جمع شجة وهى الجراح التى تتكون فى الرأس والوجه »
وهى أنواع :

١ - الحارصة ، وهى التى تشق الجلد ولا يظهر منه الدم فهى التى تحرص
الجلد أى تخلشه .

(١) انظر ص ٧٢ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٢٩٦ البدائع جزء ٧ .

٢ - الدامعة ، وهى التى يظهر منها الدم قدر السمع ولا تسيله .

٣ - الدامية ، وهى التى يسيل منها الدم ، وقيل إن فيها بعيراً^(١).

٤ - الباضعة ، وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه ، وقيل إن فيها بعيرين .

٥ - المتلاحمة ، وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه وهو رأى أبى يوسف . وقال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم منها الدم ويسود .

وفى ظاهر الرواية ، المتلاحمة ما تعمل فى قطع أكثر اللحم فهى بعد الباضعة .

وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : فى الدامية بعير وفى الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة أبعرة .

٦ - السمحاق ، وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم فتلك الجلدة تسمى سمحاقاً ، ومنه سمي العظم الرقيق سمحاق . وفى السمحاق أربعة من الأبعرة .

٧ - الموضحة ، وهى التى توضح العظم حتى يبدو ويظهر . وقد اختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد فقال مالك : لا تكون الموضحة إلا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الأعلى ولا تكون فى اللحى الأسفل لأنه فى حكم العنق ولا فى الأنف .

وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على أنها لا تكون فى الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة فى الجنب ، وقال الأوزاعى : إذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس^(٢) والفقهاء على أن فيها - إذا كانت خطأ - خمساً من الإبل

(١) كذا قال الزيلعى ثم قال : وذكر المرغنانى أن الدامية وهى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم وهو الصحيح .

(٢) انظر ص ٣٥١ بداية المجتهد لابن رشد .

وإذا كانت عمداً ففيها القصاص (١).

٨ - الهاشمة ، وهى التى تكسر العظم وفيها عند الجمهور عشر الدية .
وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالف له من الصحابة .

٩ - المنقلة ، وهى التى يخرج منها العظم أو تجعل العظم كالمنقلة ، وهى كالحصى ، ولا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ .

١٠ - الآمة ، وهى التى تظهر الجلدة بين العظم والدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الرأس ولا خلاف أنه لا يقاد فيها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن الزبير .

١١ - الدامغة ، وهى التى تخرج الدماغ ولم يذكرها محمد لأن النفس لا تبقى فى الغالب بعدها ويكون ذلك قتلا لا شجة .

ولا قود فى عظم إلا السن لقوله صلى الله عليه وسلم : لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص فى العظم إلا فى السن وهو المراد بالحديث .
وإن تفاوتاً فى الصغر والكبر لأنه لا يقتضى التفاوت فى المنفعة فتقلع سن الضارب إن قلعت من المضروب ؛ وتبرد أى تكسر بالمبرد إن كسرت إلى أن يتساويا . وفى البرازية لا يقطع سن القالع ولكن يبرد إلى أن يصل إلى اللحم ويسقط ما سواه ، ولو نزع جاز ، والبرد احتياط لئلا يؤدى إلى إفساد اللحم (٢) .

(١) انظر ص ١٠٠ جزء ٢ مثلاً خسرو .

« وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها شامل للسمحاق وفيه تسامح لما قال فى الجوهرة ذكر محمد فى الأصل وهو ظاهر الرواية أن ما قبل الموضحة فيه القصاص إلا فى السحقاق فإنه لا قصاص فيه إجماعاً لعدم المماثلة لأنه لا يقدر أن يشق حتى ينتهى إلى جلده رقيقة فوق العظم وإنما خص ما دون الموضحة بالحكم احتراز عما فوقها كالحاشمة والمنقلة لأنه لا قصاص فيه إجماعاً .
ولا قصاص فى الشعر - أى شعر كان - كما فى قاضيهخان والمحيط » .

(٢) انظر ص ٩٦ جزء ٢ مثلاً خسرو .

٤ - والجراح نوعان :

١ - جائفة^(١) وهى التى تصل إلى الجوف، والمواضع التى تنفذ الجراحه منها إلى الجوف وهى الصدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الأثنين والدبر ولا تكون فى اليدين والرجلين ولا فى الرقبة والحلق - جائفة، لأنه لا يصل إلى الجوف . وروى عن أبى يوسف أن ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذى لو وصل إليه من الشراب قطرة يكون جائفة لأنه لا يقطر إلا إذا وصل إلى الجوف .

٢ - وغير جائفة ، وهى ما كانت خلاف ما ذكرناه^(٢) .
وطريق معرفة ذهاب السمع أن يترك المجنى عليه حتى يغفل ثم ينادى فإن أجاب أو التفت علم أنه لم يذهب .
والذوق يمكن معرفته باشتغاله بإطعامه حنضلاً بعد حلو .
وقال قاضيخان : قال بعضهم إذا أخبر رجلان من أهل العلم أنه قد ذهب بصره يؤخذ بقولهما، وقال محمد بن مقاتل رضى الله عنه : يقام المضروب مستقبل الشمس مفتوح العين إن دمعت عينه علم أن بصره قائم وإن لم تدمع علم أنه ذهب بصره . قلت : ويمكن اختباره بإلقاء حية ميتة وبين يديه غفلة ونحوها^(٣) .

(١) انظر ص ٤٠٥ ابن عابدين جزء ٥ « قال البعض الجائفة تختفى بالجوف . جوف الرأس أو جوف البطن - فى الهداية - وعليه نذكرها مع الشجاج له وجه من حيث أنها قد تكون فى الرأس لكن نظر فيه الإلتقائى بما فى مختصر الكرخى من أنها لا تكون فى الرقبة ولا فى الحلق ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجنب وبما ذكره فى الأصل من أنها لا تكون فوق النقرة ولا تحت العانة » .

(٢) انظر ص ٤٠٦ ابن عابدين جزء ٥ « ولا قصاص فى جميع الشجاج إلا فى الموضحة عمداً واستثنى فى الشرنبالية السمحاق حيث قال إلا السمحاق فإنه لا قصاص فيه إجماعاً لعدم المماثلة لأنه لا يعتمد أن يشق حتى ينتهى إلى جلدة رقيقة فوق العظم . أقول لكنه مخالف لما ذكره عامة شراح الهداية وغيرهم فإنهم صرحوا بأن ظاهر الرواية وجوب القصاص فيها قبل الموضحة وهو ستة من الحارصة إلى السمحاق .

(٣) انظر ص ١٠٧ جزء ٢ الشرنبالية على مثلاً خسرو .

وقد روى عن محمد في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر
تجب حكومة العدل بقدر ما لحقه من الألم .
وعن أبي يوسف رحمه الله يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من
ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت .
وقال أبو حنيفة إنه لا يجب شيء لأنه لا قيمة لمجرد الألم^(١).

* * *

الضرب الذي لا يحدث أثراً :

ولا قود في لطمة ووكزة ووجأة . والطم : ضرب الخد وصفحة الجسد
بالكف المفتوحة - والوكز : الدفع والضرب بمجمع الكف - والوجأ : الضرب
باليد - وهذا لا ينأى وجوب التعزير^(٢).

وقد قال ابن تيمية في ذلك :

وأما القصاص في الضرب بيده أو بعصاه أو سوطه قبل أن يلطمه
أو يلكمه أو يضربه بعصا ونحو ذلك ، فقد قالت طائفة من العلماء لا قصاص
فيه ، بل فيه تعزير لأنه لا تمكن المساواة فيه .

والمأثور عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة والتابعين أن
القصاص مشروع في ذلك ، وهو نص الإمام أحمد وغيره من الفقهاء . وبذلك
جاءت السنة - وقال أبو فراس : خطب عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فلذكر حديثاً قال فيه : « ألا إني والله ما أرسل عمالي إليكم ليضربوا بأشاركم

(١) انظر ص ٤٠٩ ابن عابدين جزء ٥ « قال صاحب المختبى في شرح هذه المسئلة عن
أبي يوسف روايتان حيث قال : وقال أبو يوسف عليه أرش الألم . وقال محمد عليه أجرة الطبيب
وثنم الأدوية وهو رواية عن أبي يوسف زجراً للسفيه وجبراً للضرر وإنما أوجب أبو يوسف
أرش الألم وأراد به حكومة العدل وهو أن يقوم عبداً صحيحاً ويقوم بهذا الألم . ثم قال فسر حكومة
العدل عند أبي يوسف بأجرة الطبيب . وهكذا رأيه في غير موضع . أنه أراد أجرة الطبيب وثنم
الأدوية . وقال القدوري إن أجرة الطبيب قول محمد . وانظر ص ٨١ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٤٠٧ ابن عابدين جزء ٥ .

ولا ليأخذوا أموالكم . ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسننكم فن فعل فيه سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذى نفسى بيده إذا لأقصنه منه . فوثب عمرو ابن العاص فقال : يا أمير المؤمنين إن كان رجل من المسلمين على رعية فأدب رعيته أثنتك لتقصنه منه ؟ قال إى والذى نفسى بيده لأقصن منه « كيف » لا أقص - وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه . ألا لا تضربوا المسلمين فتذلّوهم ولا تمنعوهم حقوقهم فتكفروهم » رواه الإمام أحمد وغيره .

وهذا إذا ضرب الوالى رعيته ضرباً غير جائز . فأما الضرب المشروع فلا قصاص فيه بالإجماع ، إذ هو واجب أو مستحب أو جائز (١) .

* * *

ويجب أن نعلم بأنه لا يقاد جرح إلا بعد برئته، وهى النظرية المعمول بها فى هذه الأيام، فالنيابة العامة لا تقدم القضية - المتهم فيها شخص بالتعدى على الآخر بالضرب الذى يحدث الأثر - للقاضى إلا بعد إرفاق ما يدل على شفاء المصاب (٢) .

ورد فى نيل الأوطار للشوكانى :

عن جابر أن رجلاً جرح فأراد أن يستقيده فنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يستقاده من الجراح حتى يبرأ المخرج . رواه الدارقطني (٣) .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً طعن رجلاً بقرن فى ركبته فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أؤدبني فقال : حتى تبرأ، ثم جاء إليه فقال : أؤدبني فأقاده، ثم جاء إليه فقال يا رسول الله عرجت، قال قد نهيتك

(١) انظر ص ١٦١ السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية .

(٢) انظر ص ٣٤٢ بداية المجتهد جزء ٢ . خلافاً للشافعى . انظر ص ٣٨٥ جزء ٥ ابن عابدين - فالشافعى تمسك بالظاهر ومالك رأى أن يعتبر ما يشول إليه أمر الجروح مخافة أن يفضى إلى إتلاف النفس .

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكانى جزء ٧ ص ٢٧ .

فعضيتي فأبعدك الله وبطل عرجك . ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه ، رواه أحمد والدارقطني (١) .

الركن الثاني - القصد الجنائي :

نستطيع أن نقرر هنا - كقاعدة عامة - أن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم إن كان عمداً يجب على فاعله القصاص إن أمكن المائلة في الفعلين . وإن كان غير عمد يجب الدية أو الأرش بنحسب الإصابة .

أما إن كان العمل غير المشروع الذي أصاب الجسم لا يمكن المائلة فيه في الفعلين - وهي أكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى سواء كانت عمداً أو غير عمد - يجب فيها حكومة العدل ، وهي نوع من التعويض متروك أمره للقاضي .

فإن توافر القصد الجنائي أى العمدية في مدار الضرب والجرح ، يجب القصاص إن أمكن المائلة في الفعلين ، فإن لم يمكن المائلة يجب الحكومة . وإن لم يتوافر القصد أى كان الفعل غير عمد ، يجب الدية أو الأرش بنحسب الحالة (٢) .

فإذا كان الشخص لا يقصد ضرباً ولا جرحاً فلا شيء عليه ؛ فإذا عض رجل ذراع رجل فجذب العضوض ذراعه من فيه فسقطت أسنان العاض

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص جزء ١ ص ١٦١ .

(٢) انظر ص ٤٩ مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السبوري جزء ١ :

« ويخلص من ذلك أن حكومة العدل في المسؤولية التقصيرية تعدل التعزير في المسؤولية الجنائية سواء كان التعزير في حقوق الله أو في حقوق العبد . وذلك من حيث السلطة التقديرية الموكولة للقاضي . ويخلص من ذلك أيضاً أن حكومة العدل وهي أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش تكاد تفسح مبدأ عاماً في الفقه الإسلامي يقضي بأن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم فيما لا يمكن فيه المائلة - ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى - عمداً كان أو غير عمد يوجب التعويض بمقدار متروك للقاضي .

وذهب لحم ذراع المصاب، تهدر دية الأسنان ويضمن العاض أرش الذراع لأن العاض متعمد في العض والجاذب غير متعمد في الجذب^(١).

الخطأ :

إن كان الضرب أو الجرح بغير عمد فهو خطأ ويترتب عليه حكومة العدل بحسب ما يرى القاضي .

ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

إن كان الضرب على وجه اللعب فهو خطأ على قول ابن القاسم . وإن كان الضرب للتأديب والغضب فالمشهور أنه عمد ويقتص منه^(٢).

شبه العمد :

وليس في الضرب والجرح شبه عمد لأنه لا يختص بآلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس^(٣).

المبحث الثالث

الإثبات في القتل

تثبت جريمة القتل بثلاثة طرق :

١ - الإقرار .

٢ - البينة .

٣ - القسامة .

أولاً - الإقرار :

إن أقر شخص بأنه قتل شخصاً عمداً وجب عليه القصاص . ويقول بعض الفقهاء إنه يكفي الإقرار مرة واحدة .

(١) انظر ص ٢٧٤ البدائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢١٥ جزء ٤ حاشية الدسوقي .

(٣) انظر ص ٣٧١ جزء ٥ ابن عابدين .

وقال آخرون إنه يشترط تكرار الإقرار مرتين .

ويلزم في المقر أن يكون بالغاً مختاراً عاقلاً، وفي كونه حراً خلاف
فالبعض يشترط الحرية ويرى آخرون أن يقاد العبد إن أقر بقتل عمده لأنه غير
متهم فيه فيقتل، ولأنه يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية حتى
لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص . أما لو أقر بقتل خطأ لم ينفذ
إقراره على مولاه لأن موجب دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على
العبد شيء^(١).

وقد قال ابن وهب : أخبرني من أثنى به قال : سمعت رجلاً من أهم العلم
يقولون : نصت السنة على أنه لا يجوز اعتراف المملوك على نفسه بشيء إذا
أدخل على سيده غمماً حتى تقوم بينة مع قوله إلا الحد يلفظه ثم يقر به فإنه
يؤخذ به ويقام عليه . واعترافه بالشئ يعاقب به في جسده من قود أو قطع
أو قتل في قول مالك^(٢).

الإقرار بالقتل خطأ :

لو أقر رجل بقتل خطأ أو شبه عمد كانت الدية عليه في ماله خاصة لأن
العاقلة لا تعقل ما يجب بالاعتراف^(٣).

جاء في المدونة الكبرى :

« قلت رأيت إن أقر الرجل بالقتل خطأ أتجعل في ماله في قول مالك
أم على العاقلة ؟ قال سألت مالكا عن الرجل يقر بالقتل خطأ فقال لي مالك :
أرى أن ينظر في ذلك ، فإن كان الذي أقر له ممن يتهم أن يكون إنما أراد غنى
ولده مثل الأخ والصديق ، لم أر أن يقبل قوله . وإن كان الذي أقر بقتله من

(١) انظر ص ٣٩٠ المرجع السابق .

(٢) انظر ص ١٧٤ المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٣٢٣ تكملة فتح القدير جزء ٨ .

الأبعاد ممن لا يهتم فيه، رأيت أن يقبل قوله إذا كان ثقة مأموناً ولم يخف أن يكون أرشى على ذلك ليحاجي به أحداً» (١).

ثانياً - البينة :

إذا شهد رجلان على رجل أنه ضرب رجلاً بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص .

قال إبراهيم النخعي : وهذا لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة (٢).

وتقبل شهادة النساء مع الرجال في القتل الخطأ والقتل الذي لا يوجب القود ، وكذا الشهادة على الشهادة ، وكتاب القاضي إلى القاضي (٣).

ولو شهد عليه شاهد عدل بقتل يحبس المتهم احتياطياً حتى يحجى شاهد آخر وإلا يطلق سراحه .

ولو شهد عليه شاهدان بقتل يحبس المتهم احتياطياً حتى تظهر عدالة الشهود . وكذا في القتل الخطأ (٤).

ولا ينبغي للقاضي أن يسأل الشهود أنه مات من ضربه أم لا . وكذلك إذا شهدوا أنه ضرب بالسيف حتى مات وإن لم يذكروا العمد لأن العمد هو قصد القلب وهو أمر باطنى غير ظاهر ولكن يعرف بدليله وهو الضرب بآلة قاتلة عادة - أما إن شهدوا بأنه قتله عمداً وأنه مات أثر ذلك فلا بأس (٥). ولا تقبل الشهادة إن اختلف الشاهدان في المكان المتباعد . أما إن كان

(١) انظر ص ٢٠٦ جزء ١٦ المدونة الكبرى .

(٢) انظر ص ١٦٧ المبوط جزء ٢٦ .

وانظر ص ٤١ المغنى جزء ١٠ : روى عن أبي عبد الله رواية أخرى أنه لا يقبل في الشهادة على القتل إلا شهادة أربعة وهذا مذهب الحسن لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحصن ، وانظر ص ٩٣ الدرر الحكام .

(٣) انظر ص ١٠٥ المبسوط جزء ٢٦ .

(٤) انظر ص ٣٩٧ ابن عابدين جزء ٥ .

(٥) انظر ص ٣٩٨ المرجع السابع .

المكان متقارباً فتقبل ، كما لو شهد أحدهما أنه رآه يقتله في هذا الجانب وشهد الآخر أنه رآه يقتله في هذا الجانب .

كما أنها لا تقبل إن اختلف الشاهدان في الزمان أو في الآلة التي قتل بها كما إذا قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر قتله بالسيف^(١). فإن كل فريق شهد بقتل آخر والقتل لا يتكرر في الحالة الواحدة فيتعين كذب أحد الشاهدين .

وكذلك لو قال أحدهما قتله عمداً وقال الآخر قتله خطأ فقد اختلف في المشهود به ، لأن الخطأ غير العمد وحكمهما مختلف^(٢). وإن قلنا لا ندرى بم قتله ، فقد سقطت الشهادة فيما يختص بالقصاص . وقال صاحب المبسوط إنه يجب بها الدية .

* * *

ولو شهدا على رجلين أنهما قتلا رجلاً.. أحدهما بسيف والآخر بعضا ولا يدريان أيهما صاحب العصا، لم تجز شهادتهما لأنهما لم يثبتا بشهادتهما سبباً يمكن القاضي من القضاء به^(٣).

وهذا الرأي يشابه الرأي التي كانت تسير عليه محكمة النقض والإبرام المصرية ثم عدلت عنه في جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار أو التردد إذا ثبت أن القتل لم يحدث إلا من طلقة واحدة فقط وكان المتهمون أكثر من شخص وأطلق كل منهم عياراً، فطلق العيار الذي سبب الوفاة هو الذي انحصرت فيه الأعمال المادية التي تنفذ بها الجريمة . وأما مطلق العيار الذي لم يصب فلم يرتكب الجريمة ولم يأت عملاً من الأعمال الداخلة في تكوينها وإذن فليس هذا الزميل سوى مجرد شريك، فإذا لم يثبت أن أحد المتهمين هو بعينه صاحب العيار الذي أحدث الوفاة فلا يمكن أن يصير أحد المتهمين

(١) انظر ص ١٠٤ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ص ١٧١ .

فاعلا أصلياً — وإنما يكون كل منهما شريكاً^(١).

* * *

وإذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمداً وقبلت شهادتهما ثم رجعا، فعليهما الدية في مالهما عند الحنفية ، وعند الشافعي عليهما القصاص .

فإذا شهد شاهدان على رجل بالقتل خطأ أحدهما بالروية والآخر على إقرار القاتل بذلك، فهنا باطل لأنهما اختلفا في المشهود به ، فإن أحدهما شهد بفعل والآخر بقول ، والقول غير الفعل ، وواحد منهما لا يثبت عند القاضى إلا باتفاق الشاهدين عليه^(٢).

ثالثاً — القسامة :

والقسامة^(٣) كانت في الجاهلية وأقرها الشرع ، ومصدرها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب؛ فقوله تعالى : « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً » ووكل الله تعالى بيان هذا السلطان للنبي صلى الله عليه وسلم فبينه بالقسامة .
وأما السنة؛ فما في الصحيح أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأتى محبيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في هدير، فأتى يهود فقال : أنتم والله قتلتموه . قالوا : والله ما قتلناه، فأقبل حتى قدم على قومه فذكر ذلك ، ثم أقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن، فذهب محبيصة ليتكلم وهو الذي كان بخيبر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كبر . كبر . يريد السن، فتكلم حويصة ثم تكلم محبيصة فقال الرسول : أما أن يدو صاحبكم وإما أن تأذنوا بحرب من الله، فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك، فكتبوا إنا والله ما قتلناه، فقال

(١) انظر ص ٢٦٤ شرح قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى السعيد .

(٢) انظر ص ١٠٥ المبسوط جزء ٢٦ .

(٣) انظر القسامة بتوسع في كتابنا : « نظرية الإثبات » الطبعة الثانية ص ٢٢٧ .

الرسول لحويصة ومحبيصة وعبد الرحمن أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا : لا . فقال تخلف لكم يهود ، قالوا : ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده ، فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار . « أى من بيت مال المسلمين » حيث لم يثبت لهم شئ^(١) . والقسامة لغة ، بمعنى القسم وهو اليمين مطلقاً ، وشرعاً اليمين بالله تعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص على شخص مخصوص .

وهناك كثير من الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة^(٢) والدية في القتل الموجود في بلد على أهلها ، فالظاهر أن القتل كان عندهم وأن القتل من أحدهم فكانوا كالعاقلة ، فأوجب الشرع عليهم الدية صيانة لدم المقتول عن أن يضيع هباء . فأوجب القسامة عليهم رجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق أو يظهره فيتخلص غير الجاني إذا ظهر الجاني ولهذا يستحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً .

ولهذا يعمل أهل كل بلد على حفظ بلدهم من أن ترتكب فيها هذه الحوادث ولن ترتكب إلا بعلمهم .

(١) انظر ص ١٠٧ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) قالت طائفة من العلماء وهم سالم بن عبدالله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز أنه لا يجوز الحكم بها لما روى عن أيوب مولى أبي قلابة قال : كنت عند عمر بن عبد العزيز وعنده رؤساء الناس فخصم إليه في قتيل وجد في محله وأبو قلابة جالس عند السرير أو خلف السرير فقال الناس قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود في القسامة . وأبو بكر وعمر والخلفاء من بعدهم ، فنظر إلى أبي قلابة وهو ساكت وقال : ما تقول . قال عندك رؤساء الناس وأشراف العرب أرايت لو شهد رجلان من أهل دمشق على رجل من أهل حمص أنه سرق ولم يراه أكنت تقطعه فقالا لا . قال أرايت لو شهد أربعة من أهل حمص على رجل من أهل دمشق أنه زنى ولم يروه أكنت ترجمه فقال : لا فقال : والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم نفساً بغير نفس إلا رجلاً كفر بالله بعد إيمانه أو زناً بعد إحصائه . قال القود في القسامة من أمور الجاهلية أول من قضى بها معاوية فلهاذا بالغ أبو قلابة في إنكار ذلك . انظر ص ١٠٩ وقد كتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلاناً قتلته فاقدته ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا انظر ص ٣٠٨ بداية المجتهد جزء ٢ .

وفي الواقع؛ أن مذهب الإسلام في هذا مذهب شديد فلا يضيع دم إنسان
هدراً مطلقاً — فالتعويض إما على أهل البلد، فإن لم تؤد القسامة لهذا كان في بيت
مال المسامحين .

وتفاصيل القسامة والمذاهب فيها أوردناها في بحث سابق لنا ولمن شاء
أن يرجع إليه .

أحكام القسامة :

١ — أن يحلف خمسون من أهل المحلة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، فإذا
حلفوا يغرمون الدية ، وهذا عند الحنفية .

وعلمة قولهم هو أن الإيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الأموال . وحديث
مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول . وروى عن عمر رضي الله
عنه أنه قال : لا قود بالقسامة ولكن يستحق فيها الدية^(١) .

٢ — وعند مالك إن كان هناك عداوة ظاهرة بين القاتل وأهل المحلة
يستحلف الأولياء خمسين يميناً، فإذا حلفوا يقتص من المدعى عليه . وعند
الشافعي في أحد قوله يقال للولى عين القاتل، فإن عين القاتل يقال للولى احلف
خمسین يميناً، فإن حلف يقتل القاتل الذى عينه . وفي القول الآخر يغرمه الدية .
ولما يحلف أهل المحلة فإذا حلفوا لا شيء عليهم .

وعلمة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل
ابن أبي حنثة وفيه، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون
دم صاحبكم، وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه، فقال لهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم أتخلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم^(٢)
وقد اختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة، هل يقتل بها أكثر من واحد؟
فقال مالك لا تكون القسامة إلا على واحد، وبه قال أحمد بن حنبل .

(١) انظر ص ٣٥٩ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٢) المرجع السابق .

قال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء، وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي : كل من أقسم عليه قتل .
وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنساناً ضرب آخر وبقي المضروب أياماً بعد الضرب ثم مات، أقسم أولياء المضروب أنه مات من ذلك الضرب فيقاد به (١).

٣ - إن لم يكمل العدد خمسين وكانوا تسعة وأربعين رجلاً يختار منهم واحد ويكون عليه اليمين، وهذا لأن عدد اليمين في القسامة منصوب على ولا يجوز الإخلال بالعدد المنصوص عليه . ويجوز تكرار اليمين من واحد كما في كلمات اللعان .

٤ - لأولياء القتيل اختيار من يخلفونهم من أهل المحلة، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لأخ القتيل : اختر منهم خمسين رجلاً، فدل أن الخيار هو حقه يستوفى بطلبه وإليه تعيين من يستوفى منه حقه، وله أن يختار الشبان الصالحين أو الفسقة .

ولو اختاروا في القسامة أعمى أو محدوداً في قذف كان ذلك لهم .

والفرق بين هذا وبين اللعان ، أن اللعان شهادة ، والمحدود في القذف والأعمى ليس لهما شهادة الأداء ، فأما هذه فيمين محضة .

٥ - إن وجد القتيل بين قريتين تقاس المسافة بين القريتين، ويخلف أهل القرية التي تقرب من جثة القتيل .

لأن قتيلاً وجد بين قريتين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمر أن يسمح بينهما فوجد إلى إحدى القريتين أقرب، فقضى عليهم بالقسامة والدية وروى عن عمر رضى الله عنه مثله . وإن استوت المسافة فالمشول من يسمع الصوت، لأنه إذا كان بحيث يبلغ الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم نصرته وقد قصروا ، وإذا كان في موضع لا يسمع منه الصوت لا يلزمهم نصرته ، فلا

(١) انظر ص ٣٦١ بداية المجتهد جزء ٢ .

ينسب التقصير إليهم فلا يجعلون قاتلين تقديراً^(١).

٦ - إن نكل أهل البلد عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا لأن الأيمان في القسامة حق مقصود لتعظيم أمر الدم، ومن لزمه حق مقصود لا تجرى النيابة في إيفائه ، فإذا امتنع منه فإنه يحبس ليوفي^(٢).

فإذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا . أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم ، لأن الأيمان حجة للحالف ، والصبي لا يثبت بقبوله حجة ولو أقر على نفسه لم يقبل فلائق لا يقبل قوله في حق غيره أولى ، أما النساء فإذا كن من أهل القتل لم يستحلفن ، وبهذا قال ربيعة والثوري والليث والأوزاعي ، وقال مالك : لهن دخل في قسامة الخطأ دون العمد ، قال ابن القاسم : ولا يقسم في العمد إلا اثنان فصاعداً ، كما أنه لا يقبل إلا بشاهدين ، وقال الشافعي : يقسم كل وارث بالغ لأنها يمين في دعوى فتشرع في حق النساء كسائر الأيمان .

والخنثى المشكل يحتمل أن يقسم ، لأن سبب القسامة وجد في حقه وهو كونه مستحقاً للدم ولم يتحقق المانع من يمينه ، ويحتمل أن لا قسامة عليه لأنه لا يعقل من العقل ولا يثبت القتل بشهادة . أشبه المرأة^(٣).

ولا قسامة إذا وجد القتل في الشارع الأعظم والسجن والجامع ، لأن المقصود بها معنى تهمة القتل وهذا لا يتحقق في حق العامة والدية على بيت المال لأن الغرم بالغرم فالطريق ينقسم ابتداء إلى قسمين أحدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد أو أكثر ويكون له مدخل لا مخرج ، والآخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد أو أكثر ويكون له مدخل ومخرج .

ولا يدخل السكان أى المستأجرين والمستعمرين مع الملاك في القسامة

(١) انظر ص ١٢٢ جزء ٢ مثلاً خسرو .

(٢) انظر ص ١٠٦ المبسوط جزء ٢٦ وما بعدها .

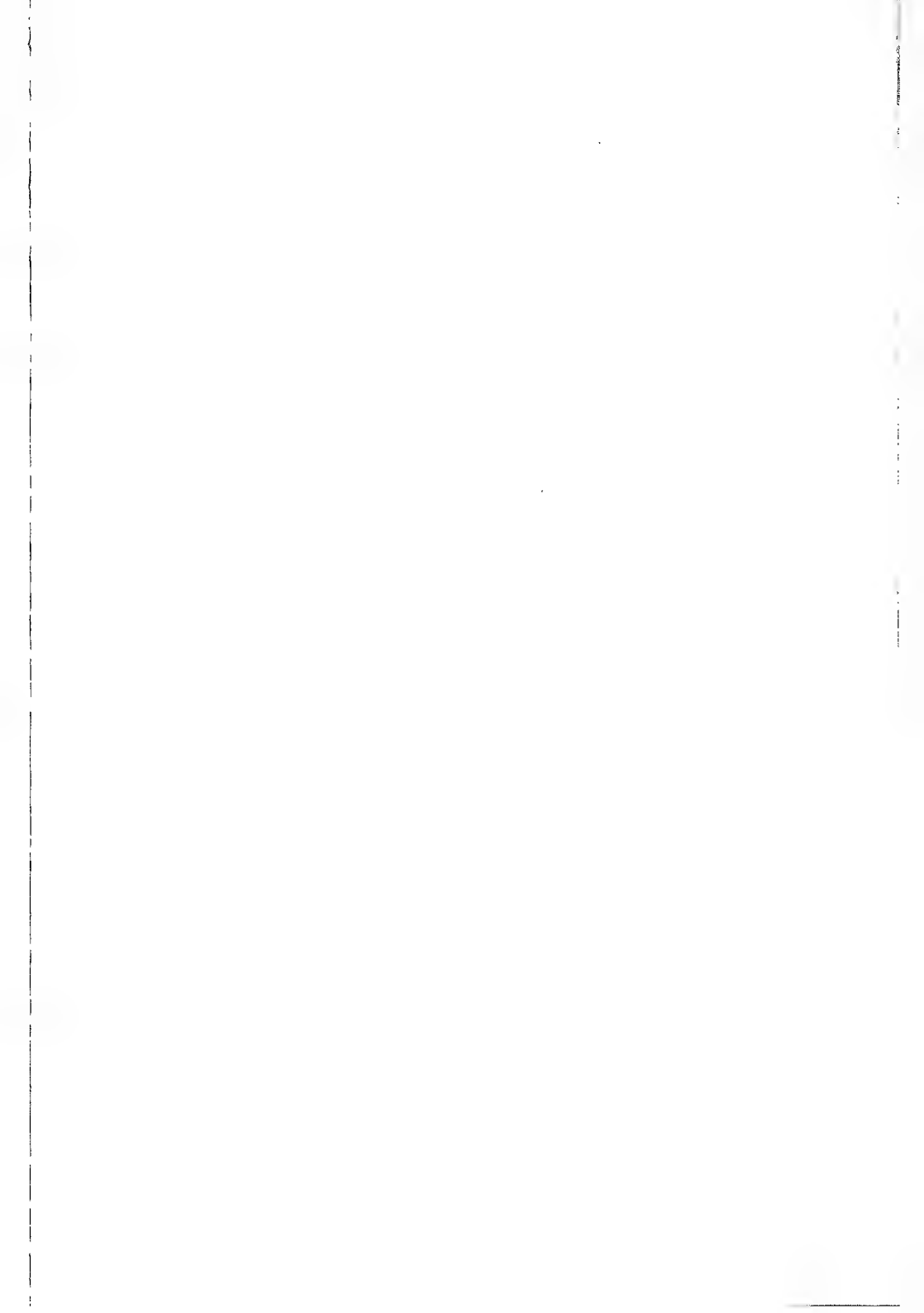
(٣) انظر ص ٢٤ المغنى جزء ١٠ .

عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : هو عليهم جميعاً ، لأن ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك : ألا يرى أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر ، ولما أن المالك هو المختص بهذه البقعة لا السكان ، وأهل خيبر مقرون على أملاكهم^(١) .

ولا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم - لم تسمع الدعوى ، وهذا قال الشافعى ، وقال أصحاب الرأى تسمع ويستحلف خمسون منهم ، لأن الأنصار ادعوا القتل على يهود خيبر ولم يبينوا القاتل فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم دعواهم^(٢) .

(١) انظر من ١٢١ جزء ٢٠ مثلاً خسرو .

(٢) انظر من ٤ جزء ١٠ المفقى .



الفصل السادس

جرائم التعزير

تكلمنا في هذا البحث عن الحدود (وهي الجرائم المحدد لها عقوبات محددة) ثم تكلمنا عن الجرائم التي يقتص أو يودى فيها .

أما باقي الجرائم فأمرها متروك للقاضي يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها كفيلة بإصلاح حال المتهم وهي التعزير .

والتعزير موضوع ضخم كتبت فيه رسائل قديماً وحديثاً . وقد تعرضنا للكتابة فيه حين بحثنا العقوبة في الفقه الإسلامي .

ونبحثه هنا بشيء من الإيجاز من ناحية الجرائم المعاقب عليها بالتعزير .

جرائم التعزير :

يعاقب بالتعزير في نوعين من الجرائم :

١ - الجرائم المعاقب عليها بالحد أو بالقصاص إن تخلف ركن من أركانها . ففي السرقة يعزر من يسرق من غير حرز أو من يسرق دون النصاب أو يسرق الأشياء الرطبة أو سريعة الفساد أو من يخون الأمانة أو يحدد العارية . وفي الزنا يعاقب بالتعزير من يجمع دون الفرج . وفي القذف يعزر من يقذف بالسب والشتم دون الزنا وهكذا .

٢ - الجرائم التي لا حد فيها ولا قصاص وهي غالبية الجرائم . وقد جمع ابن تيمية كل ذلك في قوله (١) .

(١) انظر ص ١١٩ ، ١٢٠ السياسة الشرعية لابن تيمية .

«وأما المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة . كالذي يقبل الصبي والمرأة الأجنبية ، أو يباشر بلا جماع ، أو يأكل ما لا نحل كالدم والميتة أو يقذف الناس بغير الزنا ، أو يسرق من غير حرز ، أو شيئاً يسيراً ، أو يخون أمانته ، كولاية أموال بيت المال أو الوقوف ، ومال القيم ونحو ذلك ، إذا خانوا فيها ، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا ، أو يغش في معاملته ، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك ، أو يطفف الكيل والميزان ، أو يشهد بالزور أو يلغن شهادة الزور ، أو يرتشي في حكمة أو يحكم بغير ما أنزل الله . أو يعتدي على رعيته ، أو يتعزى بعزاء الجاهلية أو يلجى داعي الجاهلية إلى غير ذلك من أنواع المحرمات — فهو لاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً ، بقدر ما يراه الوالى ، على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته : فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة ، بخلاف ما إذا كان قليلاً وعلى حسب حال المذنب ، فإذا كان من المدمنين الفجور زيد في عقوبته . بخلاف المقل من ذلك ، وعلى حسب كبر الذنب وصغره ، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم ، ما لا يعاقبه من لم يتعرض إلا للمرأة واحدة أو صبي واحد» .

فالمشرع الإسلامى قد لاحظ أن الشرع نزل لكل زمان ومكان، وأن مصالح الناس وأحكامهم التي يسيرون عليها تتبدل وتتغير بتبدل الأزمان وتغيرها ، فكان لا بد أن يترك منفذاً لولاية الأمور رحمة بالناس .

فلو أن الشارع — وقد كان قادراً — حدد عقوبات لجميع الجرائم كما فعل في الحدود ، لوقع للناس حرج عظيم . ولكنه ترك جميع الجرائم بدون تحديد لعقوباتها، ولم يحدد إلا عقوبات الجرائم الخلة بالأمن العام حتى يحفظ للمجتمع مقوماته .

وقد رأينا — خلافاً للبعض — أنه ليس هناك تعزير إلا على المعاصي فقط فإننا إن أجزنا للقاضى أن يعزر للمصلحة العامة لفسد الأمر واختلط ، إذ أن

المصلحة العامة للمسلمين مثلاً منصوص عليها في الكتاب أو السنة أو جرى بها إجماع أو مبنية على قياس ثبت .

وإن المشرع أو ولي الأمر هو الذي يحدد المعاصي — لا القاضي — وإلا أوجدنا مجالاً واسعاً تنتقص به شرعية الجريمة والعقوبة^(١).

أقسام التعزير :

(أ) تعزير هو حق الله تعالى ، وحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه .

وحقوق الله ثمانية^(٢) :

- ١ — عبادات خالصة كالإيمان .
- ٢ — عقوبات خالصة كالحدود .
- ٣ — عقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث .
- ٤ — عقوبات دائرة بين الأمرين كالكفارات .
- ٥ — عبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر .
- ٦ — مؤونة فيها معنى العبادة كالعشر .
- ٧ — مؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج .
- ٨ — حق قائم بنفسه كخمس الغنائم .

ويبين من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة يتلاقى فيها الدين مع القانون العام ثم القانون الجنائي مع القانون المالي .

والتعزير في حقوق الله يكون في جناية في حق الله ليس لها حد مقرر في الشرع ، ويجب إما بجناية ليس في جنسها ما يوجب الحد، وإما بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه .

(١) انظر ص ١١٦ ، ١١٧ المقوبة في الفقه الإسلامي للمؤلف .

(٢) انظر ص ٧٠٥ — ٧١٣ التلويح والتوضيح .

وعلى ذلك فالجنايات في حق الله في غير الحدود المقدرة متروك تقديرها للقاضي من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة .

(ب) تعزير هو حق العبد، وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان . فحق العبد يدخل في منطقة القانون الخاص .

والتعزير في حقوق العبد هو كالتعزير في حقوق الله من حيث وجوبه في جناية ليس لها حد مقرر في الشرع ، لكن هذه الجناية التي يعزر فيها تكون جناية من حقوق العبد . ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة .

(ج) وهناك ما يجتمع فيه الحقان، وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحقوق الله وما يجتمع فيه الحقان ، وحق العبد غالب كالقصاص ويلحق بحقوق العبد^(١) .

أهمية التقسيم :

ما كان حق الله يملكه كل فرد وإن لم يكن محتسباً لأنه من باب إزالة المنكر باليد — والشارع ولي كل واحد .

ولا يقيم التعزير هنا غير الحاكم ، وله فيه العفو والشفاعة .

وما كان حق العبد يتوقف على الدعوى ولا يقيمه إلا الحاكم أو من في حكمه لأن صاحب الحق قد يسرف في حقه^(٢) .

ولا يجوز في هذا النوع من التعزير العفو أو الشفاعة من ولي الأمر فهو حق خالص للعبد^(٣) .

(١) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السهري ص ٤٦ ، ٤٧ .

(٢) انظر ص ٧٤ الدرر الحكام لملا خسرو جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٢١٣ جزء ٤ فتح القدير :

« التعزير ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله نحو العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر وأما ما وجب حقاً لله تعالى فيجب على الإمام ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه أنزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز اثباته بحدع شهد به فيكون مدعياً شاهداً إذا كان معه آخر =

هل التعزير على مخالفة حق الله واجب على ولي الأمر ؟

- ١ - قال مالك وأبو حنيفة أنه واجب إذا رآه الإمام^(١).
- ٢ - قال الشافعي ليس بواجب لأن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها فقال: «أصليت معنا» قال: نعم. فتلا عليه «إن الحسنات يذهبن السيئات». وقال في الأنصار: «اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم»^(٢).
- وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في حكم حكم به للزير «أن كان ابن عمك»، فغضب النبي ولم يعزره على مقالته.
- وقال له رجل إن هذه القسمة ما أريد بها وجه الله، فلم يعزره.
- وقال بعض الحنابلة: إنه ما كان من التعزير منصوص عليه كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امتثال الأمر فيه، وما لم يكن منصوصاً عليه إذا رأى الإمام المصلحة فيه أو علم أنه لا يضر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله فوجب كالحل^(٣).

== فإن قلت في فتاوى قاضيخان وغيره: إن كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحساناً فلا يعزر فإن عاد وتكرر منه روى عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من إسقاط التعزير. قلت: يمكن أن يكون كله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضته لأنه إذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى فلا يكون مستقطاً لحق الله سبحانه في التعزير وقوله: ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فإن عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محمله حق آدمي من الشتم وهو من يكون تعزيره بما ذكرنا.

وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس إذا كان له مروءة وعظ، وإن كان دون ذلك حبس، وإن كان سباً ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك.

والمروءة عندي في الدين والصلاح.

(١) انظر ص ٧٧ مثلاً خسرو جزء ٢.

(٢) انظر ص ٣٧٠ جزء ٤ لإعلام الموقعين.

(٣) انظر ص ٣١٩ المغني جزء ١٠ ورأى مالك هو الأصوب لأن حجة الإمام الشافعي رضي الله عنه غير مقنعة فكلية «أصليت معنا» فيها نوع من التوبيخ وهو من أنواع التعزير -

ونلخص ما قيل من فروق بين أنواع التعزير في :

١ - يجوز في التعزير الذي هو حق العبد، العفو والإبراء والصلح ولا يجوز ذلك فيما كان حقاً لله .

٢ - التعزير الواجب حقاً للأفراد تتكرر فيه العقوبة بتكرر الجريمة وليس كذلك التعزير الواجب حقاً لله تعالى فيجوز فيه التداخل^(١).

٣ - التعزير الواجب حقاً للأفراد يجري فيه الإرث من جهة المجني عليه فيطالبه الورثة ، وليس كذلك في التعزير الواجب على مخالفة حقوق الله .

٤ - والرأى الراجح أن الإمام هو الذي يتولى التعزير سواء كان لحق الله أو لحق العبد . لأنه لو ترك للعبد أن يستوفي حقه لأساء استعمال الحق .

* * *

ويجدر هنا أن نعلم أن التعزير يكون واجباً على المتهم بصرف النظر عما إذا كان حراً أو عبداً ، ذكراً أم أنثى ، مسلماً أم ذمياً أم كافراً ، بالغاً أم صبيّاً .

وكل ما يشترط في المتهم أن يكون عاقلاً - ولذلك فيعاقب الصبي الذي لا يجب في حقه الحد طالما كان مميزاً لأن التعزير تأديب، وهو وإن كان ليس من أهل العقوبة إلا أن تأديبه جائز^(٢).

= أما استدلاله بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « اقبلوا من محسبهم وتجاوزوا عن مسيئتهم » ففهم استدلاله بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « اقبلوا من محسبهم وتجاوزوا عن مسيئتهم » ففهم بالطبع أن ذلك ليس في الماعى التي يعزر فيها . أما بالنسبة لمن قال للرسول عليه الصلاة والسلام « أن كان بن عمك » أو « إن هذه لقسمه ما أريد بها وجه الله » فلم يعزره النبي صلى الله عليه وسلم فقد كان مجنياً عليه في ذلك وأبى كرمه وعفوه أن يقتصر لنفسه .

(١) انظر رأياً مخالفاً في كشف التناع على متن الإقناع جزء ٤ ص ٧٣ .

(٢) انظر ص ٦٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

مستولية الإمام أو القاضى إن مات المتهم فى التعزير :

اختلف الفقهاء فى هذه الحالة . فإن مات المتهم فى أثناء تعزيره :

١ - يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن دمه هدر ولا ضمان على الإمام أو من يمثله لأن الحد والتعزير واجب على الإمام لإقامتهما فهو مأمور بهما والواجب لا يجامع الضمان ولأن فعله مشروع فيكون منسوباً إلى الأمر فكأنه أمانته حتف أنفه فلا يضمن (١).

٢ - ويرى الشافعى أنه تجب الدية فى بيت مال المسلمين إذ أن الحد والتعزير للتأديب، فإذا هلك المتهم كان خطأ الإمام وضمان خطئه فيما يقيمه من الأحكام فى بيت مال المسلمين لأن نفع عمله يعود إلى المسلمين فيكون الغرم فى ما لهم .

٣ - وروى عن أبى يوسف أن القاضى إذا لم يزد فى التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك، لأنه قد ورد أن أكثر ما عزروه مائة فإذا زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لأنه ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فينتصف .

كما أنه روى عن عمرو بن سعيد عن على كرم الله وجهه أنه قال: ما من رجل أفضت عليه حداً فمات فأجد فى نفسه أنه لا دية له إلا شارب الخمر فإنه لو مات وديته لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسنه (٢).

(١) انظر ص ٣٤٩ المغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٢١١ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٢٨٩ المهذب جزء ٢ . وانظر المبسوط فى ص ٥٠ جزء ٩ فى مسئولية

الإمام إن مات المرجوم فى الزنا وثبت أن الرجم كان بناء على شهادة باطلة .

الإثبات في التعزير

يثبت الجرم المعاقب عليه بالتعزير :

- ١ - بإقرار المتهم على نفسه . ويكتفى في التعزير بالإقرار مرة واحدة لأنه مما لا يندري بالشبهات .
- ٢ - بالشهادة .

فيثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأنه حق آدمي كالديون، ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي للقاضي . وقال أبو حنيفة لا يقبل في التعزير شهادة النساء مع الرجال لأنه عقوبة كالحد والقصاص^(١).

نتيجة هامة :

لا يوجد ما يمنع شرعاً ولا عملاً من أن تقوم أى حكومة، أو يقوم أى مشرع وضعى بتحديد المعاصى التى توجب التعزير تحديداً كاملاً شاملاً ويضعه تحت يد القضاة .

وإن قانون العقوبات الوضعى الذى بين أيدينا بخلاف ما أورده بالنسبة للحدود؛ شرعى - وحيداً لو خطا المشرع خطوة جريئة تصحح الوضع بالنسبة لها ، إذن لاستقام الأمر واستتب الأمن فى البلاد .

(١) انظر ص ٧٧ حاشية الشرنبلالية على منلا خسرو .

خاتمة

رأينا في بحثنا ذلك الخلاف الواسع بين فقهاء كل مذهب بل بين فقهاء المذهب الواحد في المسألة الواحدة وفي فروعها .

وينب أن نعلم أن اختلافهم في الأحكام المستمدة من القرآن إنما يرجع إلى اختلافهم في وسائل فهمه . وطرقهم في ذلك الفهم ، واختلافهم في الأحكام المستمدة من السنة ترجع إلى اختلافهم في فهمها ، أو إلى عدم العلم بها ، أو إلى عدم وثوق بعضهم بروايتها ، على حين وثق بعضهم الآخر بها .

فرأينا في جريمة السرقة ذلك الخلاف الواسع بين الفقهاء في المسائل الرئيسية في الجريمة . فوقع الخلاف في أركان الجريمة نفسها وليس فقط في فروعها . فاختلّفوا فيما إذا كان الحرز ركناً أم غير ركن ، واختلفوا في النصاب وقدره ، واختلفوا في كل حكم من الأحكام تقرّيباً . مما يتيح الفرصة لأيّ مشرع وضعي أن يضع ما يشاء من المواد طالما هي على رأى من هذه الآراء الفقهية .

فإذا تركنا السرقة إلى جريمة الزنا . وجدنا كيف يستلزم الشرع والفقه شروطاً وأركاناً رئيسة يتعذر ، بل يستحيل تحقيقها رحمة بالعباد وستراً للأعراض . فإذا تحققت يستلزم شروطاً أخرى لإثبات الجريمة ، فإذا قارب الشهود على إثباتها رأينا ذلك الموقف الذي وقفه الخليفة العظيم الغيور عمر ابن الخطاب لكى يدرأ الحد المهلك عن المغيرة بن شعبة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وهكذا في جريمة القذف وشرب الخمر والقتل والضرب والجرح .

ثم راعى المشرع التخفيف عن الناس فترك غير ذلك من الجرائم لحكمة
القاضي ليجازى كل مسيء بقدر إساءته، وعلى حسب عراقة في الإجرام
أو بداءته فيه . . وهو مبدأ التعزير .

فإذا دققنا النظر في الأحكام المستنبطة، وفروعها، والخلاف فيها في كل
جرime من جرائم الحدود أو القصاص على ما ذكرنا، وجدنا آراء مختلفة كل
منها قصد من قال به وجه الله تعالى غير مغرض .

وعلينا أن لا نقف موقفاً سلبياً من تلك الآراء، فقد وجدنا فيها من الدسامة
ما ينير لنا سواء السبيل . وعلينا أن نقوم من الآن بتقنين جنائى إسلامى نستفيد
فيه من تلك الخلافات المذهبية، فنختار ما يتمشى ومصلحة الناس في هذه الأيام
طالما تدور في فلك كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

« والحمد لله أولاً وآخراً »

أهم مراجع الكتاب

أولا - كتب الفقه الإسلامى

الفقه الحنفى :

- ١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ طبعة ١٣٢٨ هـ مطبعة الجاهلية .
- ٢ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى المتوفى عام ٧٤٣ هـ وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى طبعة ١٣١٣ هـ .
- ٣ - رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - وهو معروف بحاشية ابن عابدين .
- ٤ - فتح القدير ، لكامل الدين بن الهمام المتوفى عام ٦٨١ هـ وبهامشه شرح العناية على الهداية لأكمال الدين البارقى المتوفى عام ٧٨٦ هـ وحاشية سعدى جلى المتوفى عام ٩٤٥ على شرح النهاية .
- ٥ - الميسر لشمس الدين السرحسى طبعة مطبعة السعادة .
- ٦ - الحراج للقاضى أبى يوسف صاحب الإمام أبى حنيفة .
- ٧ - أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازى الحصص المتوفى عام ٣٧٠ هـ .
- ٨ - الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو المتوفى سنة ٨٨٥ هـ وبهامشه حاشية العلامة أبى الخلاص حسن بن عماد ابن على الوفاى الشرنبلالى المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ .

الفقه الشافعى :

- ١ - الأم للشافعى وبهامشه كتاب اختلاف الحديث برواية الربيع طبعة المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٥ هـ .
- ٢ - المهذب لأبى اسحق إبراهيم الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ طبعة سنة ١٣٣٣ هـ .
- ٣ - الأحكام السلطانية للقاضى أبى الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماورى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ طبعة المطبعة المحمودية التجارية بمصر .
- ٤ - حاشية البيجورى على شرح ابن قاسم الغزى طبعة سنة ١٣٠٣ هـ المطبعة الشرفية .

الفقه المالكى :

- ١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبى الوليد أحمد بن محمد بن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ طبعة ١٣٢٩ هـ بالمطبعة الجاهلية .

- ٢ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للرددير طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ .
- ٣ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لمحمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ وبهامشه التاج والأكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ مطبعة السعادة سنة ١٩٢٨ .
- ٤ - المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون طبعة سنة ١٣٢٣ مطبعة السعادة .
- ٥ - الذخيرة ، للعلامة الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله البهنسى المصرى المعروف بالقرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ مخطوط يدار الكتب .

الفقه الحنبلى :

- ١ - السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية ، لابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٥١ .
- ٢ - الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى محمد بن حسين الفراء المتوفى سنة ٤٥٨ هـ طبعة سنة ١٣٥٦ هـ بمطبعة الحلبي .
- ٣ - إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ .
- ٤ - الطرق الحكيمة فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية طبعة الآداب سنة ١٣١٨ هـ .
- ٥ - فتاوى ابن تيمية طبعة سنة ١٣٢٩ هـ .
- ٦ - المنى ، لابن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ طبعة سنة ١٣٦٧ هـ .

الفقه الشيعى :

- ١ - البحر الزخار ، للإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .
- ٢ - المختصر النافع ، فى فقه الإمامية للحل المتوفى سنة ٦٧٦ هـ طبعة وزارة الأوقاف .

الفقه الظاهرى :

- ١ - المحلى ، لأبى محمد على بن حزم المتوفى عام ٤٥٦ هـ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ .

ثانياً - كتب أخرى

- ١ - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى طبعة سنة ١٩٥٤ .
- ٢ - المقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٥٨ .
- ٣ - تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى طبعة سنة ١٩٥٤ .
- ٤ - تاريخ الفقه الإسلامى عصر نشأة المذاهب طبعة سنة ١٩٥٥ .

- ٥ - شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتور محمد كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى السعيد . الجزء الأول . طبعة سنة ١٩٤٦ م .
- ٦ - جامع الأصول لأبن الأثير الجزرى وملخصه تيسير الوصول .
- ٧ - التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر عودة .
- ٨ - التعزير للدكتور عبد العزيز عامر .
- ٩ - الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك .
- ١٠ - الإجراءات الجنائية للأستاذ على زكى العرابى .
- ١١ - أصول تحقيق الجنايات للدكتور محمد مصطفى القلى .
- ١٢ - القانون الجنائى للأستاذ على يدوى .
- ١٣ - كتاب المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود فى شرع اليهود ونظائرها فى الشريعة الإسلامية الغراء ومن القانون المصرى والقوانين الوضعية الأخرى مطبعة هندية سنة ١٩٠١ م للقاضى محمد صبرى .
- ١٤ - التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف الطبعة الثانية .
- ١٥ - تهذيب التهذيب لابن حجر طبعة الهند .
- ١٦ - تذكرة الحفاظ الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ .
- ٢٢ - شذرات الذهب للمؤرخ عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ .
- ١٨ - طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين عبد الوهاب بن تقى الدين السبكى المتوفى سنة ٧٨١ هـ .
- ٢٤ - وفيات الأعيان وأبناء الزمان لابن خلكان المتوفى عام ٦٨١ هـ .
- ٢٠ - تاريخ التشريع الإسلامى طبعة بعض السادة المدرسين بكلية الشريعة .

فهرس

صفحة

إهداء الكتاب	٣
مقدمة	٥
خطة البحث	١٣

الفصل الأول

جريمة السرقة

في الفقه الغربي	١٥
في الفقه الإسلامي	١٥

المبحث الأول

أركان جريمة السرقة

الركن الأول - الاختلاس	١٦
الأخذ من حرز	٢٠
الاتفاق والاختلاف في معنى الحرز	٢٣
الركن الثاني - شيئاً منقولاً	٣٥
اختلاف الفقهاء في بعض الأمور التي يقطع فيها	٣٦
الأشياء الرطبة المأكولة أو السريعة الفساد	٣٦
الأشياء مباحة الأصل	٣٨
الأشياء المحرمة في الإسلام	٣٩
سرقة الطفل والعبد	٤٠
سرقة الكتب وقناديل المساجد وأبوابها	٤١
شرط النصاب	٤٣
الركن الثالث - مملوك للغير	٤٧
مسائل لا يعاقب فيها بالقطع	٤٨
معنى الغير	٥٢
السرقة بين الأقارب	٥٣

٥٤ السرقة بين الأزواج
٥٥ السرقة بين الأصول وفروعهم
٥٧ السرقة بين المحارم
٥٨ السرقات التي تحدث من الخدم
٥٩ الكنز المدفون
٦٠ الأشياء الضائعة أو الفاقدة
٦٤ الركن الرابع - القصد الجنائي
٦٧ الجهل بالقانون

المبحث الثاني

الشروع في السرقة والسرقة التامة

٦٩ الشروع في السرقة
----	------------------------

المبحث الثالث

الجريمة التامة وعقوبتها

٧٥ تشديد العقوبة في الفقه الغربي
----	-------------------------------------

المبحث الرابع

الإثبات في السرقة

٧٥ الإقرار
٧٧ الشهادة
٨٠ الحراية
٨١ مناسبة نزول النص
٨٢ ما هي جريمة الحراية ومن هم المحاريون
٨٥ شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة
٨٥ شروط ترجع للمتهم
٨٥ شروط ترجع للمجنى عليه
٨٦ شروط ترجع للفعل
٩٠ العقوبة وسقوطها
٩٣ التوبة في الحراية
٩٤ كيفية التوبة

الفصل الثاني

جريمة الزنا

٩٧	في الفقه الحديث
١٠٠	في الفقه الإسلامي
١٠١	تعريف الزنا

المبحث الأول

أركان جريمة الزنا

١٠٢	الركن الأول - الفعل المادي
١٠٢	الوطء
١٠٥	اللواط
١٠٦	الحنث
١٠٧	المساحقة
١٠٧	وطء البهيمة
١٠٨	وطء الميثة
١٠٩	وطء النائمة
١٠٩	الركن الثاني - الزاني والزانية
١٠٩	الشروط الواجب توافرها لتوقيع العقاب
١٠٩	الحرية
١١٠	العقل
١١٠	البلوغ
١١٢	الإسلام
١١٣	زنا الحربي المستأمن
١١٤	وجود الأهلية والذال في الزاني والزانية حال الوطء
١١٦	الإحصان
١١٨	الجانح مختار
١١٩	الزنا في حالة السكر
١١٩	المرأة المستأجرة
١١٩	رأى أبي حنيفة

١٢٠	رد ابن حزم على أبي حنيفة
١٢٠	الزنا الذي لا حد فيه
١٢١	الركن الثالث - القصد الجنائي
١٢١	الخطأ في القانون
١٢٢	الخطأ في الشخص

المبحث الثاني

أدلة الإثبات في الزنا

١٢٣	في الفقه الغربي
١٢٤	في الفقه الإسلامي
١٢٤	الإثبات بالشهادة
١٢٥	الشهود أربعة عدول
١٢٧	أن يكونوا رجالا كلهم
١٢٨	الحسرية
١٢٨	المدالة
١٢٩	الإسلام
١٢٩	الشهادة صريحة بوصف الزنا
١٢٩	الشهادة من الأربع في مجلس واحد
١٢٩	معاينة فرجه في فرجها
١٣١	الشهادة صريحة على الفعل نفسه
١٣٢	اتحاد المكان والزمان
١٣٤	التقادم
١٣٦	الإثبات بالإقرار
١٤٠	الإقرار المعيب
١٤١	الرجوع في الإقرار
١٤٢	حمل المرأة بدون زواج

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي

١٤٢	في الفقه الغربي
١٤٢	في الفقه الإسلامي

١٤٣	حادث المغيرة بن شعبة
١٤٦	نتائج هامة

الفصل الثالث

جريمة القذف

١٤٧	في الفقه المغربي
١٤٨	في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

١٤٩	الفعل المسمى
١٤٩	وسائل التعبير في القذف
١٥٠	القذف بالعبارة
١٥١	القذف غير العلني
١٥١	القذف بالرسالة
١٥٢	القذف بالإشارة
١٥٢	القذف بالكتابة
١٥٣	القذف المعلق على شرط أو المضاف لأجل
١٥٣	التعريض بالقذف
١٥٥	القاذف والمقذوف
١٥٥	لا يشترط في القاذف
١٥٨	شروط يلزم توافرها في المقذوف
١٥٨	شروط إحصان المقذوف
١٦٣	المقذوف معلوم وإن لم يكن على قيد الحياة
١٦٣	حياة المقذوف
١٦٥	قذف الجماعة
١٦٦	اللعان
١٦٩	شروط اللعان
١٧٠	آثار اللعان
١٧١	القصد الجنائي

١٧١ في الفقه الغربي
١٧٢ في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني

الإثبات في القذف

١٧٣ الإثبات بالبينة
١٧٦ شهادة المهود في القذف
١٧٧ الإثبات بالإقرار
١٧٨ تقادم الجريمة

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي

١٧٩ فروق
١٧٩ ملاحظات

الفصل الرابع

جريمة شرب الخمر

١٨١ في الفقه الحديث
١٨١ في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

أركان الجريمة

١٨٢ الركن الأول : الركن المادي
١٨٣ جريمة شرب الخمر
١٨٦ هل الخمر نجسة
١٨٧ جريمة السكر من غير الخمر
١٨٧ فيصل التفرقة بين الشرب والسكر
١٨٨ خلاصة القول في الخمر
١٨٩ الركن الثاني : شروط في شارب الخمر
١٩٠ الركن الثالث : القصد الجنائي

المبحث الثاني الإثبات في جريمة شرب الخمر

١٩١ شهادة الشهود
١٩٢ الإقرار

الفصل الخامس القتل والضرب والجرح

المبحث الأول جريمة القتل

١٩٦ في الفقه الغربي
١٩٧ في الفقه الإسلامي
١٩٧ القتل انعماد
١٩٧ الركن المذموم : وجود إنسان على قيد الحياة أزهقت روحه
١٩٨ قتل العبد عمداً
١٩٩ قتل الكافر
٢٠١ قتل الجماعة بالواحد
٢٠٢ قتل الرجل بالمرأة
٢٠٣ الركن الثاني : وقوع فعل عمدي من الجاني من شأنه إحداث الموت
٢٠٣ الفعل العمدي
٢٠٨ رابطة السببية
٢٠٩ هل ترتكب جريمة القتل العمد بطريق سلمي
٢٠٩ الفقه الحديث
٢١٠ الفقه الإسلامي
٢١١ قتل المرأة لجذبا
٢١٢ في الفقه الإسلامي
٢١٢ الركن الثالث : القصد الجنائي
٢١٤ القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد
٢١٤ في الفقه الوضعي

٢١٥	في الفقه الإسلامي
٢١٥	القتل شبه العمد
٢١٦	معنى شبه العمد في رأى الفقهاء المسلمين
٢١٨	فارق هام
٢١٨	القتل الخطأ
٢٢٠	القتل الذى هو في معنى الخطأ
٢٢٠	مباشرة
٢٢١	بتسبب
٢٢١	جناية الخافر
٢٢٢	جناية السائق والقائد
٢٢٢	جناية الناحس والضارب
٢٢٣	جناية الجائط
٢٢٤	أعمال الجراحة والتعليب
٢٢٤	في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني الضرب والجراح

٢٢٥	في الفقه الغربي
٢٢٥	في الفقه الإسلامي
٢٢٥	الركن المادى
٢٣١	الضرب الذى لا يحدث أثراً
٢٣٣	القصد الجنائى
٢٣٤	الخطأ
٢٣٤	شبه العمد

المبحث الثالث الإثبات في القتل

٢٣٤	الإقرار
٢٣٥	الإقرار بالقتل الخطأ
٢٣٦	البينة

رقم الأيداع . ٧٣٠٨ ٨٨
الرقم الدولي . x - ٢٧٠ - ١٤٨ - ٩٧٧


BIBLIOTHECA ALEXANDRINA
مكتبة الاسكندرية

مطابع الشروق

القاهرة : ١١ شارع حسان - هاتف : ٣٣٤٤١١ ، ٣٣٤٤٧٨ - فاكس : ٣٣٤٤١١ ، ٣٣٤٤٧٨
بيروت : ص ب ٨٠١١ - هاتف : ٨١٧٢١٢ ، ٨١٧٢١٠ - فاكس : ٨١٧٢١٢ ، ٨١٧٢١٠
NHCHEUR 20125 I.E. - طبع في بيروت - لبنان

 Bibliotheca Alexandrina



0454043